Der strafrechtliche Schutz des persönlichen Geheimbereichs gegen Verletzungen durch Ton- und Bildaufnahme- sowie Abhörgeräte

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines
Doctor iuris der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

HUBERT ANDREAS METZGER
von Kirchberg SG

VERLAG HANS SCHELLENBERG WINTERTHUR 1972

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548121_0029

Der strafrechtliche Schutz des persönlichen Geheimbereichs gegen Verletzungen durch Ton- und Bildaufnahme- sowie Abhörgeräte

INAUGURALDISSERTATION

zur Erlangung der Würde eines
Doctor iuris der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

HUBERT ANDREAS METZGER

von Kirchberg SG

VERLAG HANS SCHELLENBERG WINTERTHUR 1972

Die Fakultät hat diese Arbeit am 25. Februar 1971 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. Hans Walder als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

©Copyright by Verlag Hans Schellenberg Winterthur 1972

Meiner Frau und meinen Eltern

Herrn Bundesanwalt Prof. Dr. Hans Walder möchte ich für die Anregung zur vorliegenden Arbeit, für das Wohlwollen und das Interesse, das er ihr stets entgegenbrachte, bestens danken.

Dank schulde ich ferner Herrn Dr. Peter Beck von der Eidgenössischen Justizabteilung, sowie den Herren Fürsprech Olivier Gautschi und Walter Steiner von der Schweizerischen Bundesanwaltschaft, welche mir wertvolle Unterlagen zur Verfügung stellten und mir bereitwillig Auskünfte erteilten.

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis XII
Abkürzungen XVI
Einleitung 1

1. Kapitel

Persönlichkeitsschutz als Aufgabe jeder Rechtsordnung 3

§ 1 Allgemeines 3

I. Die rechtlichen Grundlagen für die Anerkennung von Bereichen freier Persönlichkeitsentfaltung 3
II. Gefährdungen des persönlichen Geheimbereichs durch die Technik 5

§ 2 Geheim-, Privat- und Gemeinbereich

Der Begriff des persönlichen Geheimbereichs und dessen Verhältnis zum Geheimnis 6

I. Allgemeines 6
II. Geheim-, Privat- und Gemeinbereich 6
A. Versuche zur Aufteilung menschlicher Lebensbeziehungen in einzelne Sphären 6
B. Begriffsbestimmung nach Jäggi 8
III. Der Begriff des persönlichen Geheimbereichs 10
IV. Der Begriff des Geheimnisses und sein Verhältnis zum persönlichen Geheimbereich 12

§ 3 Der bisherige Rechtsschutz des persönlichen Geheimbereichs 16

I. Allgemeines 16
II. Der strafrechtliche Schutz 16
A. Das materielle Strafrecht 16
B. Das Strafprozessrecht 20
III. Der privatrechtliche Schutz 25
IV. Der öffentlichrechtliche Schutz 27
V. Schlussbetrachtungen und Ausblick 28

§ 4 Exkurs 28

I. Das Verhältnis von strafrechtlichem und öffentlichrechtlichem Schutz des persönlichen Geheimbereichs 29
II. Das Verhältnis von strafrechtlichem und privatrechtlichem Schutz des persönlichen Geheimbereichs 29

2. Kapitel

Technische Aspekte der Ton- und Bildaufnahme – sowie Abhörgeräte[1] 31

§ 5 Zum Abhören eines Gespräches verwendbare Abhörgeräte 31

1 abgekürzt TBA

I. Der Begriff des Abhörgerätes 31
II. Akustische Abhörmethoden 32
III. Drahtgebundene Abhöranlagen 33
A. Das System 33
B. Typen drahtgebundener Abhörgeräte 34
IV. Drahtlose Abhöranlagen 36
A. Das System 36
B. Typen drahtloser Abhörgeräte 36
V. Wie werden Abhörgeräte unschädlich gemacht? 39

§ 6 Zur Aufnahme eines Gespräches bestimmte Tonträger 40
I. Der Begriff des Tonträgers 40
II. Arten von Tonaufzeichnungen und Tonträgern 40

§ 7 Zur Beobachtung von Tatsachen geeignete Aufnahmegeräte (Bildaufnahmegeräte) 41
I. Der Begriff des Bildaufnahmegerätes 41
II. Funktion und Arten von Bildaufnahmegeräten 42
III. Ein "Aufnahmegerät" besonderer Art 43

§ 8 Zur Festhaltung von Tatsachen geeignete Bildträger 43
I. Der Begriff des Bildträgers 43
II. Arten von Bildträgern 43

3. Kapitel

Das Bundesgesetz betreffend Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereichs

§ 9 Einleitende Bemerkungen 45
I. Die Notwendigkeit des Bundesgesetzes 45
II. Die Vorarbeiten zum BG betr. VpG 46
III. Das Ziel der Revision 47
IV. Die Stellung der Revision im System des Schweizerischen Strafrechts 47
V. Systematischer Aufbau des BG betr. VpG 48
VI. Die gesetzliche Umschreibung der vor Verletzungen durch TBA geschützten Bereiche 49
VII. Systematik der Darstellung des BG betr. VpG 49

§ 10 Titel und Ingress 49
I. Die verfassungsmässige Grundlage der gesetzlichen Regelung 49
II. Titel 50

§ 11 Artikel 179bis StrGB 51
I. Allgemeines 51
II. Das Handlungsobjekt 52
A. Der Begriff des Gesprächs 52
B. Das Tatbestandsmerkmal "fremd" 54
C. Öffentlichkeit und Nichtöffentlichkeit eines Gesprächs 56
III. Die Täterhandlung 62
A. Der Täter 62
B. Die strafbaren Handlungen 62

IV. Abhör- und Tonaufnahmegeräte als besondere technische Mittel 69
V. Die Schuldform 69
VI. Vorbereitungshandlung – Versuch – Vollendung 70
VII. Teilnahme 71
VIII. Kasuistik 72

§ 12 Artikel 179ter StrGB 75

I. Allgemeines 75
II. Das Handlungsobjekt 75
A. Zum Begriff des Gesprächs 76
B. Das Fehlen des Tatbestandsmerkmales "fremd" 76
III. Die Täterhandlung 76
A. Der Täter 76
B. Die strafbaren Handlungen 77
IV. Die Verwendung besonderer technischer Mittel als Voraussetzung der Strafbarkeit 80
V. Die Schuldform 80
VI. Vorbereitungshandlung – Versuch – Vollendung 81
VII. Teilnahme 81
VIII. Kasuistik 82

§ 13 Das Verhältnis von Art. 179bis und 179ter Gemeinsames und Differenzen 83

I. Der Unterschied im Strafmass 83
II. Abweichende Fassungen der drei amtlichen Texte 83
III. Der Dritte als Empfänger rechtswidrig erlangter Tatsachen und Aufnahmen 84
IV. Das Tatbestandsmerkmal der "Heimlichkeit" 85
V. Vergleich der Teilnahmeformen 86

§ 14 Artikel 179quater 87

I. Allgemeines 87
II. Das Handlungsobjekt 88
A. Begriffsbestimmung 88
B. Die praktische Anwendung 90
C. Kritische Bemerkungen zur gesetzlichen Regelung 94
III. Die Täterhandlung 97
A. Der Täter 97
B. Die strafbaren Handlungen 98
IV. Aufnahmegeräte und Bildträger als besondere technische Mittel 100
V. Die Schuldform 100
VI. Vorbereitungshandlung – Versuch – Vollendung 101
VII. Teilnahme 102
VIII. Kasuistik 102

§ 15 Der Ausschluss der Strafbarkeit nach Art. 179quinquies 103

I. Allgemeines 103
II. Absatz 1 104
III. Absatz 2 105
IV. Das Mithören oder Aufnehmen radioelektrisch übertragener Gespräche 106

§ 16 Der Ausschluss der Rechtswidrigkeit auf Grund von "andern" Rechtfertigungsgründen 107

I. Allgemeines 107
II. Die Notwehr 107

III. Der Notstand 108
IV. Die Einwilligung 109
A. Der rechtliche Charakter der Einwilligung 109
B. Arten der Einwilligung 109
C. Der Kreis der einwilligenden Personen 110
D. Die Legitimation zur Einwilligung 110
E. Ungenehmigte Wiedergabe der durch einen genehmigten Eingriff gewonnenen Eindrücke und Aufnahmen 110
V. Die polizeiliche Verwendung von TBA 111
VI. Die Wahrnehmung berechtigter Interessen 113
VII. Ergeben sich auf Grund besonderer Unterordnungs- und Abhängigkeitsverhältnisse Eingriffsrechte in den persönlichen Geheimbereich? 116

§ 17 Artikel 179sexies 118

I. Von der Notwendigkeit dieser Strafbestimmung 119
II. Die Ausgestaltung der Strafnorm 119
III. Die richterliche Einziehung von solchen den persönlichen Geheimbereich verletzenden oder gefährdenden Geräten 121
IV. Die Beschlagnahme in der Praxis; verfahrensrechtliche Fragen 121

§ 18 Artikel 179septies 122

I. Die Entstehungsgeschichte 122
II. Das Handlungsobjekt 123
A. Ausgestaltung des Tatbestandes 123
B. Die systematische Einordnung 124
III. Die Täterhandlung 126
IV. Das Tatmittel 127
V. Die Schuldform 128
VI. Vorbereitungshandlung — Versuch — Vollendung 128
VII. Teilnahme 129
VIII. Kasuistik 129

§ 19 Das Verhältnis des BG betr. VpG zu andern, einen teilweisen Schutz des persönlichen Geheimbereichs garantierenden Straftatbeständen und das Verhältnis der Artikel 179bis ff. StrGB untereinander 130

I. Das Verhältnis zu den Ehrverletzungsdelikten der Artikel 173/74 und 177 StrGB 130
II. Das Verhältnis zum Schriftgeheimnis von Artikel 179 StrGB 130
III. Das Verhältnis zum Hausfriedensbruch 131
IV. Das Verhältnis zur Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses gemäss Art. 162 StrGB 132
V. Das Verhältnis zur Verletzung des Abstimmungs- und Wahlgeheimnisses von Art. 283 StrGB 132
VI. Das Verhältnis zur Verletzung des Amts- und des Berufsgeheimnisses der Artikel 320 und 321 StrGB 133
VII. Das Verhältnis zum verbotenen politischen und wirtschaftlichen Nachrichtendienst der Artikel 272 und 273 StrGB 133
VIII. Das Verhältnis zum TTVG 134
IX. Das Verhältnis der Revisionstatbestände untereinander 134

§ 20 Die Ausgestaltung der Bestimmungen des BG betr. VpG als Antragsdelikte 135

I. Die Problemstellung 135
II. Die Antragsberechtigung 136

§ 21 Strafmass und Verjährung 138

I. Der Wert des persönlichen Geheimbereichs im Vergleich zu andern Rechtsgütern 138
II. Die Ausgestaltung der Strafdrohungen 138
III. Die Verjährung 138

§ 22 Die Verwertung der durch TBA rechtswidrig erlangten Beweismittel im Prozess 139

Im Strafprozess

I. Allgemeines 139
II. Arten rechtswidrig erlangter Beweismittel 139
III. Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess 141
IV. Die Verantwortlichkeit der Personen, welche auf rechtswidrige Weise Beweismittel erlangen 145

Im Zivilprozess

I. Der Vergleich mit dem Strafprozess 146
II. Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel 146

LITERATURVERZEICHNIS

Aeppli Heinz, Das Tonband im Strafverfahren, in ZStrR 74 (1959), S. 217 ff.

— Tonaufnahmen von Verhören statt Protokollierung? in Kriminalistik 1954, S. 173 ff.

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung

Arbeitstagung im Bundeskriminalamt Wiesbaden vom 17.4.–21.4.1967, Wiesbaden 1967. Zit. Arbeitstagung Wiesbaden.

Bär Rolf, Persönlichkeitsschutz der juristischen Person, in ZBJV 103 (1967), S. 100 ff.

Becker Walter, Tonbänder in der (Kriminal)polizeilichen Praxis, in Die Polizei, 52. Jahrgang, Heft 5 (1961), S. 133 ff.

Bericht und Antrag der Regierung des Fürstentums Liechtenstein vom 16.4.1969 an den Hohen Landtag über den strafrechtlichen Schutz des persönlichen Geheimbereichs.

Bernsdorf Wilhelm und Bülow Friedrich, Wörterbuch der Soziologie, Stuttgart 1955.

Bohne Gotthold, Menschenwürde und Strafrecht, in Recht, Staat, Wirtschaft, Band 3, Düsseldorf 1951, S. 20 ff.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereichs (vom 21. Februar 1968). Zit. Botschaft.

Brühwiler Hans, Die Freiheitsrechte der Kantonsverfassungen in ihrem Verhältnis zur Bundesverfassung, Diss. Bern 1948.

Bulletin der Internationalen Juristenkommission Nr. 31, 1967.

Bundesrepublik Deutschland, Entwurf eines Strafgesetzbuches, Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode 4.10.1962 (mit amtlichen Begründungen). Zit. E 1962.

Bürgi F. W., Wesen und Entwicklung der Persönlichkeitsrechte nach schweizerischem Privatrecht, in ZSR 66 (1947), S. 1 ff.

Bussmann Kurt, Reichen die geltenden gesetzlichen Bestimmungen insbesondere im Hinblick auf die modernen Nachrichtenmittel aus, um das Privatleben gegen Indiskretionen zu schützen? Gutachten für den 42. Deutschen Juristentag, in Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages Düsseldorf 1957, Band I, Tübingen 1957, S. 1 ff.

Caroll John M., Der elektronische Krieg, Berlin, Frankfurt/M, Wien 1966.

Coing Helmut, Die heimliche Tonbandaufnahme als Rechtsproblem, in Weinheimer Tagung 1956, S. 30 ff.

— Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950.

Comtesse F. H., Begriff und Schutz des Geheimnisses im schweizerischen Strafgesetzbuch, in ZStrR 56 (1942), S. 257 ff.

Delaquis Ernst, Die Ehrverletzungen im schweizerischen Strafgesetzbuch, in ZBJV 78 (1942), S. 213 ff.

Egger A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch: Einleitung und Personenrecht, 2. Aufl., Zürich 1930.

Eiseler Rudolf, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, Band 1, Berlin 1910.

Fährmann R., Sprechdiagnostik und Vernehmungstechnik, in Arbeitstagung Wiesbaden 1967, S. 185 ff.

Fechner Erich, Die private Sphäre in der Gegenwart, in Recht, Staat, Wirtschaft, Band 3, Düsseldorf 1951, S. 31 ff.

Frey K., Kriminalpolizeiliche Observation, in Arbeitstagung Wiesbaden 1967, S. 153 ff.

Gallus H., Die Fotografie im Dienste der Kriminalpolizei, in Arbeitstagung Wiesbaden 1967, S. 141 ff.

Germann O. A., Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, 1. Lieferung, Zürich 1953.

— Schweizerisches Strafgesetzbuch mit kurzen Erläuterungen, 8. Aufl., Zürich 1966.

Giacometti Zaccaria, Das Staatsrecht der Schweizerischen Kantone, Zürich 1941.

— Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, in Jahresbericht der Universität Zürich 1954/55.

Giesker Hans, Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre, Diss. Zürich 1904.

Graven Jean, L'emploi du magnétophone dans la procédure pénale, in ZStrR 73 (1958), S. 361 ff.

Grawehr Arthur, Rechtsfragen aus dem Gebiete des Strafantrags unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen und italienischen Rechtes, Diss. Freiburg 1959.

Grossen Jacques Michel, La protection de la personnalité en droit privé, in ZSR 79 (1960) 2. Halbband, S. 1 a ff.
Günther W. A., Einführung in die Elektronik, Zürich 1960.
Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, in Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode 18.8.1959, Drucksache 1237, Anlage 5.
Haefliger Arthur, Rechtmässigkeit der durch Gesetz oder Berufspflicht gebotenen Tat, in ZStrR 80 (1964), S. 27 ff.
Hafter Ernst, Schweizerisches Strafrecht.
— Besonderer Teil 1. Hälfte, Berlin 1937.
— Besonderer Teil 2. Hälfte, Berlin 1943.
Hamann Andreas, Das Grundgesetz, ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, Berlin 1956.
Handbuch für Hochfrequenz- und Elektro-Techniker, Band I und II, 3. Aufl., Berlin 1953.
Hartmann Alfred, Der Waffengebrauch durch die Polizei, in Festgabe für Max Obrecht, Solothurn 1961, S. 331 ff.
Hauser Robert, Die Zeugeneinvernahme, insbesondere Probleme des Zeugnisverweigerungsrechts (Referat, gehalten im Wintersemester 1968/69, Kriminalistisches Institut des Kantons Zürich).
Heimerich H., Der Missbrauch von Tonbandaufnahmen, in Der Betriebsberater, Heidelberg 1956, S. 249 ff.
Henkel Heinrich, Der Strafschutz des Privaten gegen Indiskretion. Gutachten für den 42. Deutschen Juristentag, in Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages Düsseldorf 1957, Band II, Tübingen 1959, D S. 59 ff.
Hinderling Hans, Persönlichkeit und subjektives Recht, in Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 66, Basel 1963.
Hirsch Hans J., Ehre und Beleidigung, Karlsruhe 1967.
Hoffmeister Johannes, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, 2. Aufl., Hamburg 1955.
Höner B., Eidgenössische Strafbestimmungen gegen Missbrauch des Telephons erneut in Frage gestellt, in PTT-Zeitschrift Nr. 10 vom 10.10.1968, S. 272 f.
Hotz Kaspar Ernst, Zum Problem der Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28 ZGB, Diss. Zürich 1966.
Huber Hans, Das Post-, Telegraphen- und Telephongeheimnis und seine Beschränkung für Zwecke der Strafrechtspflege, in SJZ 51 (1955), S. 165 ff.
— Das Recht im technischen Zeitalter, Rektoratsrede vom 28.11.1959, Bern 1960.
— Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, in ZSR 74 (1955) 1. Halbband, S. 173 ff.
— Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, in ZSR 55 (1936), S. 1 a ff.
— Persönlichkeitsschutz im Verwaltungsrecht, in ZBJV 103 (1967), S. 86 ff.
— Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, in ZBJV 91bis (Berner Festgabe 1955), S. 95 ff.
Hubmann Heinrich, Das Persönlichkeitsrecht, Münster/Köln 1953.
Imboden Max, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 3. Aufl., Band I, Basel und Stuttgart 1968.
Jäggi Peter, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, in ZSR 79 (1960) 2. Halbband, S. 133 a ff.
Kainz Friedrich, Psychologie der Sprache, Band 1, Stuttgart 1941.
Kern Eduard, Schutz des Lebens, der Freiheit und des Heims, in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II, Berlin 1954, S. 51 ff.
Kersta Lawrence G., Speaker identification. Personenfeststellung mit Hilfe des Stimmabdrucks, in Arbeitstagung Wiesbaden 1967, S. 177 ff.
Kirschbaum Ernst, Über die Zulässigkeit von Rundfunkaufnahmen aus dem Strafgerichtssaal, Diss. Bonn 1934.
Kohlhaas Max, Die Tonbandaufnahme als Beweismittel im Strafprozess, in NJW 1957, Band 1, S. 81 ff.
Kröger Uwe, Geheime Abhörmethoden und ihre Abwehrtechnik, in Kriminalistik 1970, S. 446 ff.
Krüger Helmut, Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, in NJW 1955, Band 1, S. 201 ff.
Landwehr W., Das Recht am eigenen Bild, Diss. Zürich 1955.
Lang-Hinrichsen Dietrich, Kriminalpolizeiliche Technik und Persönlichkeitsrechte, in Arbeitstagung Wiesbaden 1967, S. 17 ff.

Lang Wilhelm, Ton- und Bildträger, Bielefeld 1960.
Lehmann Ernst Adolf, Die Verletzung fremder Geheimnisse nach geltendem Strafrecht und den neueren Entwürfen, insbesondere nach Strafgesetzentwurf 1927, Diss. Tübingen 1932.
Lohner Ernst, Der verbotene Nachrichtendienst, in ZStrR 83 (1967), S. 23 ff. und S. 134 ff.
Mahler Walter, Spionage und ihre strafrechtliche Bekämpfung im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1937.
v. Mangoldt Hermann, Das Bonner Grundgesetz, Berlin und Frankfurt a.M. 1953.
Marti Hans, Naturrecht und Verfassungsrecht, in ZBJV 91bis (Berner Festgabe 1955), S. 74 ff.
Maunz-Dürig, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, München/Berlin 1958 ff.
Meier-Gruber Franz, Jameson Egon, Zimmer Wolf, Spionage und Technik. Hinter den Kulissen der Geheimdienste, in Hobby-Bücherei, Band 26, Stuttgart 1970.
Meyer Markus, Der Schutz der persönlichen Freiheit im rechtsstaatlichen Strafprozess, Diss. Zürich 1961.
Mönkehaus Heinz, Das Tonband im Strafverfahren, Diss. Basel 1970.
Mönnichs Th., Klare Begriffe, Berlin und Bonn 1925.
Moser Werner, Die Beschimpfung nach schweizerischem Strafrecht, Diss. Zürich 1953.
Müller Jörg Paul, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Diss. Bern 1964.
Nipperdey Hans Carl, Die Würde des Menschen, in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band II, Berlin 1954, S. 1 ff.
— Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte, Band IV, Berlin 1962 2. Halbband, S. 741 ff.
Noll Peter, Das ärztliche Berufsgeheimnis im schweizerischen Strafrecht, in Schweizerische Beiträge zum 5. internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, Bruxelles 1958, S. 233 ff.
— Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, in ZStrR 80 (1964), S. 160 ff.
Oftinger Karl, Punktationen für eine Konfrontation der Technik mit dem Recht, in Festschrift der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zum Zentenarium des Schweizerischen Juristenvereins, Zürich 1961, S. 1 ff.
Packard Vance, Die wehrlose Gesellschaft, Düsseldorf und Wien 1964.
Peters Hans, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie. Festschrift für Rudolf Laun zu seinem 70. Geburtstag. Hamburg 1953, S. 669.
Pfenninger H. F., Das Tonband im schweizerischen Strafverfahren, in SJZ 54 (1958), S. 281 ff.
— L'emploi du microphone dans la procédure pénale, in Revue de Criminologie et de police technique, Genève 1951, S. 3 ff.
Riesen Christian, Die Persönlichkeitsrechte der Juristischen Person, in Jahrbuch der Basler Juristenfakultät 1955, S. 17 ff.
Riklin Franz, Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach schweizerischem Privatrecht, in Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg i. Ü., Freiburg 1968.
Roessler Frieder, Der Schutz der Vertraulichkeit des Wortes im amerikanischen und deutschen Recht, Diss. Berlin 1967.
Roggemann Herwig, Das Tonband im Verfahrensrecht, Göttingen 1962.
Roskosch Heinrich, Zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit des Mithörens von Telephongesprächen oder ihrer Aufnahme auf Tonband, in Der Betrieb, 9. Jahrgang, Düsseldorf 1956, S. 470 ff.
Ruckstuhl August, Die Verletzung des Schriftgeheimnisses auf Grund des Artikels 179 des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Diss. Freiburg i.Ü. 1955.
Saladin Peter, Bemerkungen zur Schweizerischen Rechtsprechung der Jahre 1964—1965, in ZSR 84 (1965) 1. Halbband, S. 447 ff.
Sarstedt, Rundfunkaufnahmen im Gerichtssaal, in Weinheimer Tagung 1956, S. 57 ff.
Sax Walter, Über die Zulässigkeit der prozessualen Verwertung privater Tagebuchaufzeichnungen als Beweismittel, in Deutsche Juristenzeitung 1965, S. 1 ff.
Schäublin R., Das Zeugnisverweigerungsrecht zur eigenen Schande, in SJZ 43 (1947), S. 172 f.
Schaumann Wilfried, Persönliche Freiheit und neue Untersuchungsmethoden im amerikanischen und schweizerischen Strafverfahren, in Strafprozess und Rechtsstaat, Festschrift Pfenninger, Zürich 1956, S. 129 ff.
Schmidt Eberhard, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung, Teil I, Göttingen 1952.

Schmidt Heinrich/Schischkoff Georgi, Philosophisches Wörterbuch, 16. Aufl., Stuttgart 1961.
Scholler Heinrich, Person und Öffentlichkeit, in Münchener öffentlich-rechtliche Abhandlungen, 3. Heft, München 1967.
Scholtissek Herbert, Innere Grenzen der Freiheitsrechte, in NJW 1952, S. 561 ff.
Schreiber Alfred, Secret privé = Schriftgeheimnis? , in La semaine judiciaire 70 (1948), S. 142 ff.
Schultz Hans, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Strafsachen im Jahre 1961, in ZBJV 99 (1963), S. 41 ff.
— Die versuchte strafbare Handlung, Kursvortrag im Wintersemester 1961/62. Kriminalistisches Institut des Kantons Zürich.
— Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre, in SJZ 67 (1971), S. 301 ff.
— Stellungnahme zum bereinigten Vorentwurf des EJPD vom 17.1.1967. (Nicht veröffentlichtes Schreiben vom 30.5.1967 an Herrn Bundesrat L. v. Moos). Zit. Gutachten.
— Teilnahme I (Allgemeines), in SJK Nr. 1189.
— Teilnahme II (Anstiftung), in SJK Nr. 1190.
— Zivilrechtlicher Schutz der Persönlichkeit und Strafrecht, in ZBJV 103 (1967), S. 93 ff.
Schulz Georg, Tonbandaufnahmen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, in Kriminalistik 1958, S. 1 ff.
Schumacher Rainer, Die Presseäusserung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse, Freiburg i. Ü. 1960.
Schwander Vital, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Zürich 1964.
Schweizerisches Privatrecht, Band II, Einleitung und Personenrecht. Herausgegeben von Gutzwiller Max, Basel und Stuttgart 1967. Zit. Kommentar Gutzwiller.
Sendler Horst, Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im Strafprozess mit Berücksichtigung des anglo-amerikanischen und des französischen Rechts, Diss. Berlin 1956.
Siegert Karl, Der Missbrauch von Schallaufnahmen im geltenden Recht, Göttingen 1953.
Specker Karl, Die Persönlichkeitsrechte, Diss. Zürich 1910.
Spoendlin Kaspar, Die verfassungsmässige Garantie der persönlichen Freiheit, Diss. Zürich 1945.
Strasser Peter, Die öffentlich unzüchtige Handlung nach schweizerischem Strafrecht, Diss. Bern 1951.
Süss Theodor, Geheimsphäre und moderne Technik, in Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, 1. Band, Berlin/Tübingen, Frankfurt a/M 1956, S. 189 ff.
Tanner Alfred, Der Begriff der Öffentlichkeit im Strafrecht, Diss. Zürich 1949.
Thormann Philipp; v. Overbeck Alfred, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Band II, Zürich 1941.
Tuor Peter, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 7. Aufl., Zürich 1965.
Waiblinger Max, Versuch II (Abgrenzung des Versuchs von der Vorbereitungshandlung und vom vollendeten Delikt — Rücktritt vom Versuch — Tätige Reue), in SJK Nr. 1200.
Walder Hans, Bundesstrafprozessrecht (22 Beilagen zu der im Wintersemester 1965/66 an der Universität Bern gehaltenen Vorlesung).
— Die Vernehmung des Beschuldigten, Hamburg 1965.
— Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess, in ZStrR 82 (1966), S. 36 ff.
Weinheimer Tagung, Arbeitstagung am 16./17. November 1956 in Weinheim a.d.B., veranstaltet vom Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V., Mannheim, über das Thema: Tonbandaufnahmen, Zulässigkeit und Grenzen ihrer Verwendung im Rechtsstaat, Mannheim 1957.
Werhahn J.W., Persönlichkeitsrecht und Tonbandproblem, in Schriftenreihe des Archivs für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht, Heft 6, Baden-Baden 1957, S. 27 ff.
Westermann Harry, Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht, Köln und Opladen 1957.
Zeder Werner, Der "Grobe Unfug", Diss. Zürich 1968.

ABKÜRZUNGEN

BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für Deutschland
BG betr. VpG	Bundesgesetz betreffend Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereichs (vom 20.12.1968)
BGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGHZ	Entscheidungen des Deutschen Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
BStP	Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege (vom 15.6.1934)
BV	Schweizerische Bundesverfassung
BVerfGE	Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess (vom 4.12.1947)
Dt StGB	Deutsches Strafgesetzbuch (vom 15.5.1871)
EG	Kantonales Einführungsgesetz zum StrGB
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
GG	Bonner Grundgesetz
MStG	Militärstrafgesetz (vom 13.6.1927)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München/Berlin
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
PVG	Bundesgesetz betreffend den Postverkehr (Postverkehrsgesetz vom 2.10.1924)
RStrS	Rechtsprechung in Strafsachen
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
StrGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch (vom 21.12.1937)
TBA	Ton- und Bildaufnahme — sowie Abhörgeräte
TTVG	Bundesgesetz betreffend den Telegraphen- und Telephonverkehr (Telegraphen- und Telephonverkehrsgesetz vom 14.10.1922)
UWG	Bundesgesetz über den unlautern Wettbewerb (vom 30.9.1943)
VV	Vollzugsverordnung
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (vom 10.12.1907)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

EINLEITUNG

1. Der Mensch als Rechtsperson wird stets als Glied der Gemeinschaft gesehen, ohne die er nicht existenzfähig ist. Individuum und Gemeinschaft stehen in einem von gegenseitigen Rechten und Pflichten gekennzeichneten Spannungsverhältnis. Einerseits beansprucht der einzelne in gesteigertem Masse Schutz gegen Übergriffe auf seine Person, denn er ist heute mehr und mehr von seiten der Gesellschaft Gefährdungen ausgesetzt. Anderseits tritt auch die Gesellschaft mit ihren Forderungen an den sozial gebundenen Menschen heran. Ein Sich-Zurückziehen in die Isolierung ist praktisch ausgeschlossen[1]. Dem Recht einer Person auf ungestörte Selbstbestimmung entspricht stets die Achtungspflicht gegenüber den andern. Das bedeutet keineswegs, dass dem Rechtsgenossen nicht gewisse Bereiche gesichert werden müssen, innerhalb welcher sich rein private, geheime und intime Lebensbeziehungen abspielen können. Solche Sphären ungestörten Zurückgezogenseins stehen dem einzelnen um seiner Persönlichkeit willen zu, deren freie Entfaltung Ausdruck der menschlichen Würde ist.

2. Das Recht des Menschen auf Anerkennung seiner sittlichen Würde ist seit dem Ende des zweiten Weltkrieges wiederentdeckt[2] und neu gestaltet worden. Dabei sind Privat-, Geheim- und Individualsphäre Schlagworte geworden, denen im Zusammenhang mit Forderungen nach verstärktem Persönlichkeitsschutz leicht etwas Pathetisches anhaftet.

Unmittelbaren Anlass für die strafrechtliche Erfassung von Verletzungen des persönlichen Geheimbereichs boten jedoch die Entwicklung, Vervollkommnung, Propagierung und zunehmende Verbreitung von TBA, die geeignet sind, die Person in ihrer Selbstbestimmung empfindlich zu treffen und herabzuwürdigen[3].

3. Weil das Leben in der Gemeinschaft naturgemäss den Doppelcharakter des Individuellen und des Kollektiven in sich vereint, besteht immer eine latente Interessenskollision zwischen diesen beiden Polen unseres sozialen Lebens[4]. Der Rechtsordnung kommt die schwierige Aufgabe zu, ein Gleichgewicht beider Kräfte herzustellen.

Im Rahmen dieser Arbeit soll versucht werden, jene Sphären begrifflich zu umschreiben, die dem Individuum ein von gesellschaftlichen Einflüssen weitgehend befreites Leben erlauben. Die darüber gewonnenen Erkenntnisse bilden die Grundlage für die Auseinandersetzung mit jenen Problemkreisen, welche ihren Niederschlag im "Bundesgesetz betreffend Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereichs" gefunden haben.

4. Da es eine fundamentale Aufgabe des Rechtsstaates ist, dem Bedürfnis des Menschen nach genauer Begrenzung von Bereichen ungestörten Wirkens Rechnung zu tragen, muss sodann untersucht werden, wie weit der Schutz der Persönlichkeit diesbezüglich sowohl im öffentlichen und privaten als auch im Strafrecht bisher realisiert wurde. Dabei drängen sich Vergleiche jener Normen auf, die in den verschiedenen

1 Müller, a.a.O., S. 68
2 Hotz, a.a.O., S. 1
3 Vgl. Botschaft, S. 2 und Bericht und Antrag Fürstentum Liechtenstein, S. 1
4 Bürgi, a.a.O., S. 19

Rechtsgebieten in irgendeiner Form den persönlichen Geheimbereich der Person schützen.

5. Bevor eine Kommentierung der strafrechtlichen Revision des dritten Titels unseres Strafgesetzbuches versucht werden kann, muss auf die technischen Aspekte heute bekannter TBA eingegangen werden. Damit soll der Zugang zu einer Beurteilung der einzelnen neuen Strafrechtsnormen erleichtert werden.

1. KAPITEL

Persönlichkeitsschutz als Aufgabe jeder Rechtsordnung

§ 1 Allgemeines

I. Die rechtlichen Grundlagen für die Anerkennung von Bereichen freier Persönlichkeitsentfaltung

1. Einleitend wurde festgestellt, dass die Rechtsordnung gewisse dem Menschen um seiner Persönlichkeit willen zustehende Sphären ungestörten, zurückgezogenen Seins und Wirkens zu garantieren hat. Wird die Betätigung innerhalb dieser Bereiche als Ausfluss aus einem "Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung" betrachtet, drängt sich die Frage auf, auf welche Weise eine Kodifizierung dieses Rechts dem Bedürfnis nach umfassendem Schutz solcher Sphären Nachachtung verschaffen könne.

2. Sicherlich werden gewisse Teilaspekte der Persönlichkeitsentfaltung durch Normen des Verfassungs-, Zivil- und Strafrechts erfasst. Dem schweizerischen Recht fehlt jedoch eine die Entfaltung der Persönlichkeit generalklauselartig gewährleistende Bestimmung. Es wäre nun aber verfehlt, den Geltungsgrund eines "Rechts auf freie Persönlichkeitsentfaltung" in der geschriebenen Verfassung suchen zu wollen, sind doch die Aufzählungen einzelner Freiheitsrechte in den modernen Verfassungen nur beispielhaft[1]. Ausgehend von der Tatsache, dass die Verbürgung einzelner Freiheitsrechte durch die Verfassung Ausdruck des freiheitlichen politischen Wertsystems darstellt und keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt, dürfen wir annehmen, dass der Schutz eines "Rechts auf freie Persönlichkeitsentfaltung" durchaus als Ausfluss der freiheitlich orientierten, unsere Verfassung tragenden Konstitutionsprinzipien aufzufassen ist. Was das Bonner Grundgesetz in Artikel 2 Abs. 1 festlegt, das gilt ohne weiteres auch für unsere Verhältnisse: "Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst."

3. Wenn wir den Anspruch auf Schutz des persönlichen Geheimbereichs als Ausfluss des jedermann zustehenden, unserer Verfassung ungeschrieben zugrundeliegenden "Rechts auf freie Persönlichkeitsentfaltung" betrachten[2], gilt es nun, der Wurzel dieses Konstitutionsprinzips nachzugehen. Für dieses Vordringen zur ideologischen Grundlage des Rechts auf persönlichen Geheimbereich sollen vor allem die massgebenden Kommentatoren des Artikels 2 GG wegleitend herangezogen werden. Sie leiten das Grundrecht der freien Persönlichkeitsentfaltung als Hauptgrundrecht aus der Würde des Menschen, dem obersten Konstitutionsprinzip allen objektiven Rechts, ab[3].

1 Giacometti, Freiheitskataloge als Kodifikation der Freiheit, S. 17
Vgl. Huber, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, S. 104, der den gleichen Gedanken durch folgende Formulierung ausdrückt: "Die Grundrechte werden durch die Verfassung nicht gewährt, sondern bloss gewährleistet, d.h. vorgefunden und verbrieft."
2 Vgl. Nipperdey, Die Würde des Menschen, S. 43
3 So etwa Maunz-Dürig, Kommentar zu Art. 1 (insbes. S. 5 ff. und S. 11) und 2 GG; Nipperdey,

In der Würde[4] sehen sie die Grundlage unserer Gesamtordnung, die Basis für ein ganzes Wertsystem[5], das Höchstmass staatlichen Zusammenlebens schlechthin[6]. Was nun die einzelnen Freiheitsrechte anbetrifft, so werden diese als Konkretisierungen des allgemeinen Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit betrachtet. Diese besondern Freiheitsrechte, die Artikel 2 GG also mitumfasst, stehen zu diesem Artikel im Verhältnis der lex specialis zur lex generalis[7].

Da wir davon ausgehen, dass das Recht auf persönlichen Geheimbereich im umfassenden Hauptfreiheitsrecht der Persönlichkeitsentfaltung wurzelt, leiten wir auch dieses bis anhin gesetzlich nicht speziell statuierte Einzelfreiheitsrecht aus der *Würde des Menschen als einem naturrechtlichen Elementarprinzip* ab[8].

4. Die Kenntnis des engen Zusammenhangs der menschlichen Würde und einer solchen, im folgenden noch zu präzisierenden Sphäre freier, ungestörter Entfaltungsmöglichkeit, überzeugt uns von der Notwendigkeit eines verstärkten, gesetzlich ausdrücklich vorzusehenden Schutzes des persönlichen Geheimbereichs. Die Bedeutung, welche der Menschenwürde dabei im Rahmen der Strafrechtsgesetzgebung zukommt, hebt Bohne[9] m. E. vortrefflich hervor, wenn er betont, dass die Menschenwürde sowohl für die Fundierung des Strafrechts als auch für die inhaltliche Gestaltung der Strafnorm nach Tatbestand und Strafdrohung das oberste Prinzip sei.

5. Da der Mensch ein gesellschaftsbezogenes Wesen ist, so werden seine Ansprüche auf Selbstbestimmung und ungestörte Zurückgezogenheit[10] stets mit Interessen der Mitmenschen kollidieren. Diese Spannungen zwischen Individuum und Gemeinschaft sind im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person zu entscheiden, ohne dass dabei deren Eigenwert tangiert wird[11]. Im Rahmen dieser Arbeit soll nun versucht werden, Möglichkeiten aufzuzeigen, wie diese Interessensabwägung durch Gesetzgebung und Rechtsprechung konkretisiert werden kann.

Die Würde des Menschen, S. 1 ff. (insbes. S. 9 ff.); Nipperdey, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, S. 742 und 826 ff.; Kern, a.a.O., S. 66 ff.; Peters, a.a.O., S. 672 ff.; Bohne, a.a.O., S. 26

4 Zum Begriff vgl. Nipperdey, Die Würde des Menschen, S. 1, der die Würde umschreibt als den "Eigenwert und die Eigenständigkeit, die Wesenheit, die Natur des Menschen schlechthin."

5 Maunz-Dürig, Kommentar zu Art. 1 GG, S. 6

6 Vgl. Hamann, a.a.O., S. 72 und Mangoldt, a.a.O., S. 46. Im Sinne dieses Gedankenganges äussert sich auch Oftinger, in: Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins 1960, ZSR 79 (1960) 2. Halbband, S. 657 a. Zum überpositiven Charakter und naturrechtlichen Gehalt der Würde vgl. Marti, a.a.O., S. 77, der sagt, dass die Menschenwürde nicht von der verfassungsgebenden Gewalt geschaffen werde. Vielmehr sei der Respekt vor der Menschenwürde geboten, unabhängig davon, ob die verfassungsgebende Gewalt dieses Gebot achte oder nicht. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 136 und 170 bezeichnet die Personenwürde als dem Recht vorgegeben.

7 Scholtissek, a.a.O., S. 563

8 Nipperdey, Die Würde des Menschen, S. 2. Vgl. Westermann, a.a.O., S. 9

9 a.a.O., S. 28

10 Fechner, a.a.O., S. 31 spricht zutreffend von einem eigentlichen Eigen*raum*. In der Umschreibung dieses Eigenraums geht er jedoch m.E. zu weit, wenn er etwa das Recht auf freie Meinungsäusserung, die Versammlungsfreiheit, das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden und die Freizügigkeit als dessen Bestandteile betrachtet.

11 Vgl. Nipperdey, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, S. 773. Dieser Gedanke kommt m.E. in Art. 2 GG deutlich zum Ausdruck, wenn es dort heisst: "Jeder hat das Recht auf freie Ent-

II. Gefährdungen des persönlichen Geheimbereichs durch die Technik

1. Die Schaffung und technische Vervollkommnung der TBA drängt den Menschen immer mehr in eine Verteidigungslage. So ist es heute etwa möglich, mit Tonaufnahmegeräten, die in der harmlosen Aufmachung von Akten- und Handtaschen entwikkelt und angepriesen werden, Mitmenschen jederzeit und unauffällig zu belauschen. Als Operngläser getarnte Abhörgeräte erlauben bei irgendwelchen gesellschaftlichen Anlässen das Mithören von Gesprächen über erhebliche Entfernungen[12]. Der technische Erfindergeist, dem beispielsweise Mikrophone zu verdanken sind, die unter einer Krawatte oder im Knopfloch getragen werden können, oder gar das Innere einer dekorativ wirkenden, in einem Getränk sich befindenden Olive füllen, wird dem Bedürfnis nach Indiskretion stets neue Mittel zur Verfügung stellen. Der Einsatz von Teleobjektiven eröffnet mannigfaltige Möglichkeiten visueller Beobachtungen. Die Verwendung von Infrarotgeräten erlaubt sogar Beobachtungen bei Dunkelheit. Neue, ausgeklügelte, auf das Ausspionieren der Sphären menschlicher Zurückgezogenheit ausgerichtete Methoden, die sich der ungehemmte Publizitätsdrang der heutigen Gesellschaft zunutze macht[13], fördern in steigendem Mass die "Entprivatisierung des Menschen"[14] und gefährden somit die menschliche Würde.

2. Dieser Technisierungsprozess[15] veranschaulicht deutlich das zwischen Recht und Technik generell bestehende Spannungsverhältnis: Die Technik ist getragen von einem unbeschränkten Machtwillen[16] und wird durch keine in ihr selbst begründeten Wertgesichtspunkte eingeengt[17]. Vielmehr ist das technische Zweckdenken, welches die Mittel diktiert und legitimiert in hohem Masse dazu geeignet, feste Wertpositionen zu verdrängen. So ist gerade das Recht als wertbezogene, normative Ordnung[18] besonders gefährdet, durch die Technik, deren dynamische Entwicklung sich unter dem

faltung seiner Persönlichkeit, *soweit* er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst." Krüger, a.a.O., S. 203 sieht in dieser Formulierung des Art. 2 GG, durch welche der Persönlichkeitsentfaltung auf Grund der Rechte anderer eine Schranke gesetzt wird, einen Anwendungsfall des Gleichheitssatzes.

12 Vgl. Henkel, a.a.O., S. 127 und Süss, a.a.O., S. 189 f.

13 Die gefährlichste Bedrohung für die Freiheit und Entfaltung der Person liegt eigentlich nicht in der Technokratie an und für sich, sondern vielmehr im Menschen selbst, der in seiner Verantwortungs- und Orientierungslosigkeit die technischen Errungenschaften für seine egoistischen Bestrebungen auszunützen weiss. Vgl. Müller, a.a.O., S. 25 f. Einen andern Aspekt der Technisierung zeigt Fechner, a.a.O., S. 33 auf. M. E. zutreffend weist er darauf hin, dass die Technisierung unseres Daseins den Menschen nicht nur von aussen her bedroht, sondern ihn auch *innerlich* zermürbt, ihn in eine Abhängigkeit vom ganzen technischen Apparat bringt. So verliert er nicht nur seinen äussern Lebensraum, sondern auch den Willen, überhaupt einen Eigenraum zu besitzen.

14 Oftinger, a.a.O., S. 9

15 Hinderling, a.a.O., S. 9. Süss, a.a.O., S. 19 spricht von einem Generalangriff der Technik auf die menschliche Individualität.

16 Huber, Das Recht im technischen Zeitalter, S. 22

17 A. M. ist Oftinger, a.a.O., S. 16, der behauptet, dass die Technik nicht wertfrei sei, sondern ihrer eigenen Wertordnung folge. Diese Ansicht ist m. E. nicht zutreffend, weil jene Werte, welche die Technik zu beachten hat, nicht in ihr selbst gründen, sondern von aussen her durch Ethik und Recht an sie herangetragen werden und sie weitgehend zu beeinflussen vermögen.

18 Huber, Das Recht im technischen Zeitalter, S. 20

Richtpunkt der Nützlichkeit vollzieht[19], überspielt zu werden. Dieser Gefahr muss vor allem der Gesetzgeber begegnen. Er hat die Möglichkeit, einer Identifikation von Können und Dürfen, welcher die heutige Technik leicht verfällt, entgegenzuwirken und darzutun, dass nicht alles, was auf Grund der ambivalenten technischen Errungenschaften möglich ist, auch gleich in die Tat umgesetzt werden darf[20]. Wo sich das menschliche Streben mit ungehemmtem Einsatz technischer Mittel auf verwerfliche Zwecke richtet[21], und diese Gefahr kann bei der Anwendung der den letzten Erkenntnissen der Technik angepassten Miniaturabhör- und Aufnahmegeräte nur allzuleicht eintreten, muss die Rechtsordnung einen Damm errichten[22]. Das Recht soll der Technik die Schranken setzen und nicht umgekehrt. Diese Schranken und damit die von ihnen verteidigten Werte sind nach Oftinger[23] "von der Technik als Realitäten zu betrachten und von vornherein bei der Planung in Rechnung zu stellen, gleich wie die rechnerisch bestimmbaren technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten".

§ 2 Geheim-, Privat- und Gemeinbereich. Der Begriff des persönlichen Geheimbereichs und dessen Verhältnis zum Geheimnis

I. Allgemeines

1. Bevor auf die einzelnen technischen Möglichkeiten der Verletzung menschlichen Eigenseins und die Struktur der daraus resultierenden Straftatbestände eingegangen werden kann, gilt es, einen Begriff des "persönlichen Geheimbereichs" zu gewinnen. Dieser Begriffsbestimmung sollen die hier folgenden Ausführungen dienen.

2. Im Anschluss daran ist kurz auf das Verhältnis von persönlichem Geheimbereich und dem sprachlich damit verknüpften Begriff des Geheimnisses einzugehen.

II. Geheim-, Privat- und Gemeinbereich

A. Versuche zur Aufteilung menschlicher Lebensbeziehungen in einzelne Sphären

1. Da der Mensch als Einzelwesen und als Sozialwesen zu betrachten ist, empfiehlt es sich, seine Lebensbeziehungen verschiedenen Sphären zuzuordnen.

2. Der Umschreibung dieser Sphären ist denn auch ein umfangreiches Schrifttum gewidmet[24].

19 Henkel, a.a.O., S. 217
20 Oftinger, a.a.O., S. 15. Vgl. auch Sarstedt, a.a.O., S. 61
21 Henkel, a.a.O., S. 127
22 Süss, a.a.O., S. 190
23 a.a.O., S. 32
24 Es soll hier auf einige Thesen eingegangen werden, welche die Problematik einer begrifflichen Fassung dieser Bereiche veranschaulichen.

So legt sich nach *Hubmann*[25] ein dreifacher Ring um den Eigenwert der Persönlichkeit. Einerseits ist der Mensch in der Individualsphäre geschützt; seine Eigenart, sein Eigensein in der Welt und sein Eigenwert in der Öffentlichkeit werden gewahrt (Schutz des Namens, der Firma, der Ehre). Anderseits findet sein Eigenleben in der Privat- und Geheimsphäre Schutz vor der Öffentlichkeit. Die Privatsphäre umfasst jenen offen zu Tage liegenden Teil des Eigenlebens, der jedermann ohne weiteres zugänglich ist (Bild, Lebensbild, Charakterbild). Als Geheimsphäre endlich bezeichnet Hubmann jenen sowohl der Öffentlichkeit als auch einzelnen, wie Freunden und Bekannten, nicht ohne weiteres zugänglichen Teil der Privatsphäre[26].

3. Es ist das Verdienst Hubmanns, der Erkenntnis zum Durchbruch verholfen zu haben, dass die der Öffentlichkeit gegenübergestellte private Sphäre in sich gegliedert ist und verschiedene Kreise einer differenzierten Privatheit bestehen[27].

Gerade frühern Autoren ist eine begriffliche Aufteilung in Geheim- und Privatsphäre nicht geläufig. So kennen *Giesker*[28] und *Specker*[29] nur die Geheimsphäre, als den Inbegriff aller Tatsachen, die weder allgemein bekannt noch allgemein wahrnehmbar sind. Auf die Schaffung einer zwischen Geheimheit und Öffentlichkeit liegenden Zone, welche als Privatsphäre ausgestaltet, Dinge aufnehmen könnte, die weder geheim, noch offenkundig sind, verzichtet Giesker sogar ausdrücklich. Er fasst dafür die Geheimsphäre begrifflich sehr weit und unterteilt sie in das Innenleben und das Aussenleben der Person. Während das erstere die rein internen Vorgänge des psychischen Lebens umfasst, gehört dem letzteren die physische Beschaffenheit und äussere Erscheinung der Person an[30].

4. Der jüngern Doktrin jedoch ist das Bestreben eigen, Sphären zu schaffen, die eine möglichst differenzierte Subsumierung sämtlicher Lebensvorgänge gestatten[31].

So gliedert *Henkel*[32] das Indiskretionsdelikte begründende Schutzgut "Privatleben" in drei sich jeweils verengende Sphären. Diese drei Bereiche, die Privat-, Vertrauens- und Geheimsphäre sollen drei konzentrische Kreise bilden. Die den äussersten Kreis bildende Privatsphäre schliesst all jene Lebensvorgänge und Lebensbeziehungen ein, welche der einzelne vor der Allgemeinheit schützen will. Jenseits dieses Kreises liegen somit alle öffentlichen, für eine unbestimmte Anzahl von Personen wahrnehmbaren Gegebenheiten[33]. Den nächsten, kleinern Kreis bildet die Vertrauens- oder Vertraulichkeitssphäre. An den sich in diesem Bereich abspielenden Vorgängen lässt der

25 A.a.O., S. 217 ff.

26 Die Differenzierung Hubmanns zwischen Individual- und Geheimsphäre scheint mir überflüssig. Die Geheimsphäre sollte, als Intimsphäre ausgestaltet, die engsten Schutzbereiche der Person erfassen.

27 Scholler, a.a.O., S. 82

28 A.a.O., S. 1

29 A.a.O., S. 78

30 Giesker, a.a.O., S. 4 f. Vgl. ferner Egger, a.a.O., S. 251, der den Geheimbereich ähnlich aufteilt in einen privaten und einen geschäftlichen Geheimbereich.

31 Vgl. etwa Hubmann, a.a.O., S. 216 ff.; Henkel, a.a.O., S. 80 ff.; Bussmann, a.a.O., S. 60; Süss, a.a.O., S. 197; Roessler, a.a.O., S. 7 ff.; Schumacher, a.a.O., S. 132 ff.; Grossen, a.a.O., S. 84 a; Jäggi, a.a.O., S. 227 a f.

32 A.a.O., S. 81 ff.

33 Als Beispiele solcher sich ausserhalb der Privatsphäre abspielender Lebensäusserungen werden etwa öffentlich wahrnehmbare Gespräche oder der Spaziergang an einem allgemein zugänglichen Badestrand genannt.

Rechtsgenosse nur solche Menschen teilhaben, denen er ein besonderes Vertrauen entgegenbringt[34]. Die Geheimsphäre, die den engsten Kreis bildet, umfasst solche Fakten, die der Rechtsträger auf Grund seines Geheimhaltungswillens völlig verbergen oder nur bestimmten einzelnen Mitmenschen offenbaren will[35]. Es wird bei jeder Umschreibung der einzelnen Bereiche nicht zu vermeiden sein, dass durch die Vielfalt der Lebensvorgänge Überschneidungen und Grenzfälle entstehen. Die m. E. heute dogmatisch umfassendste Darstellung, welche eine klare Unterscheidung der verschiedenen Sphären erlaubt, gibt Jäggi[36]. Seine Ausführungen haben die gesetzgeberische Tätigkeit zum BG betr. VpG entscheidend beeinflusst und haben denn auch darin ihren Niederschlag gefunden[37].

B. Begriffsbestimmung nach Jäggi

1. Jäggi, dessen Begriffsbestimmung wir vorwiegend berücksichtigen wollen, nimmt eine Dreiteilung des gesamten menschlichen Lebensbereiches in Geheim-, Privat- und Gemeinbereich vor[38].

2. Daran anknüpfend wollen wir die fraglichen Sphären folgendermassen umschreiben:

a. *Der Geheimbereich* umfasst diejenigen Lebensvorgänge, die der Mensch der Wahrnehmung und dem Wissen aller übrigen Mitmenschen entziehen will, es sei denn, dass er ein Geheimnis mit einem oder mehreren genau bestimmten andern (und nur mit diesen) teilen will[39]. Alle diesem Bereich angehörenden Lebensvorgänge sind durch besondere Intimität gekennzeichnet, weshalb die Bezeichnung Intimsphäre[40] ebenfalls zutreffend ist.

b. *Zum Privatbereich* gehören all jene Lebensäusserungen, die der einzelne nur mit nahe verbundenen Personen, wie Angehörigen, Freunden, Verwandten teilen will; so das Wohnen, das Arbeiten, das gemeinschaftliche Besprechen von Tagesereignissen. Dabei kann der Kreis der nahe Verbundenen je nach der Art der Lebensbetätigung wechseln.

34 Als Beispiele werden genannt: persönliche Gespräche mit Bekannten oder Freunden, berufliche Gespräche mit Geschäftspartnern oder Berufskollegen.

35 Die Unterscheidung zwischen Privat- und Vertrauenssphäre kann m. E. fallen gelassen werden. All jene Vorgänge, die Henkel nämlich durch die Vertrauenssphäre geschützt wissen will, sind per definitionem schon in der durch ihn skizzierten Privatsphäre enthalten. Das besondere Vertrauen ist m. E. ein untaugliches Unterscheidungskriterium und bietet schon gar keinen Grund zur Schaffung einer besondern Sphäre. Sowohl die Privat-, als auch vor allem die Geheimsphäre können nämlich von einem besondern Vertrauensverhältnis geprägt sein (z.B. eine der Geheimsphäre angehörende Tatsache wird einer oder mehreren Personen anvertraut).

36 A.a.O., S. 226 a ff.

37 Vgl. vor allem Art. 179quater StrGB.

38 A.a.O., S. 227 a ff.

39 Die Ausdrucksweise Jäggis: . . .''mit *einem* bestimmten Andern (und nur mit diesem) . . .'' scheint mir zu eng. Die dem Geheimbereich angehörenden Lebensvorgänge sollen im Falle einer Offenbarung an Drittpersonen zwar stets nur einem genau bestimmten und eng festgelegten Personenkreis zugänglich sein. Dabei können aber durchaus mehrere Personen Mitwisser sein.

40 So etwa Hotz, a.a.O., S. 79. Intimität einer Lebensbeziehung setzt nicht voraus, wie dies Hotz, a.a.O., S. 77 durchaus treffend sagt, dass diese Beziehung nur für einen Menschen bestimmt sein muss. Sie kann durchaus für einige Wenige, besonders Vertraute bestimmt sein. Im übrigen gehören die von Hotz der Intimsphäre zugeordneten Lebensvorgänge dem durch das BG betr. VpG vorgesehenen Privatbereich an (dem Teil, der nicht ohne weiteres jedermann zugänglich ist).

c. *Der Gemeinbereich* umfasst jene Lebensbetätigungen, durch welche der Mensch Lebens- und Zeitgenosse von jedermann ist. Dies sind jene Lebensbetätigungen, durch die sich der einzelne entweder wie jedermann in der Öffentlichkeit benimmt, durch unpersönliches Auftreten an allgemein zugänglichen Orten und Veranstaltungen oder durch sein öffentliches Auftreten als Künstler oder Redner etc.

3. In der Praxis dürfte vor allem die gegenseitige Abgrenzung von Privat- und Gemeinbereich Schwierigkeiten bereiten. Die Tatsache, dass gerade heute immer weitere Bereiche des alltäglichen Lebens in den Sog der Sozialsphäre geraten, bewirkt eine Verquickung von Privatheit und Öffentlichkeit[41]. So gibt es zahlreiche Vorgänge, die sich zwar in jenem Bereich abspielen, den Jäggi Privatbereich nennt, die aber trotzdem einem sehr weiten Kreis von Mitmenschen zugänglich sein können. Man denke nur an die zahlreichen, nicht von öffentlichem Kundgabewillen getragenen Tatsachen im häuslichen oder beruflichen Bereich, die potentiell von jedermann ohne weiteres wahrgenommen werden können. Obwohl Teil des Privatbereichs, sind sie einem unbeschränkten Kreis von Mitmenschen zugänglich.

Aus dieser Erkenntnis heraus sah sich der Gesetzgeber dazu veranlasst, den Bereich, der bei Jäggi als Privatbereich umschrieben wird, im BG betr. VpG folgendermassen aufzuteilen:

Einerseits umfasst er Tatsachen, die einem beschränkten Kreis von Personen, die mit einem einzelnen nahe verbunden sind, vorenthalten sind. Ihre Wahrnehmungen und Äusserungen dürfen ohne besonderen Rechtfertigungsgrund nicht über diesen Bereich hinaus bekanntgegeben werden[42].

Damit wird dieser Teil des Privatbereichs begrifflich dem Gemeinbereich gegenübergestellt, der den Wahrnehmungen und den allenfalls damit verbundenen Äusserungen Dritter ohne besonderen Rechtfertigungsgrund offen steht. *Anderseits* umfasst der Privatbereich aber auch Tatsachen, die in ihrer verstärkten Sozialbezogenheit von jedermann ohne weiteres wahrgenommen werden können[43].

Die Frage nach der Zulässigkeit der Wahrnehmung von Tatsachen aus dem Gemeinbereich und von jedermann ohne weiteres zugänglichen Tatsachen aus dem Privatbereich wird rechtlich nach gleichen Kriterien zu beurteilen sein. Insofern erfahren Gemein- und Privatbereich eine gewisse Angleichung.

Eine Zweiteilung des Privatbereichs[44] drängte sich dem Gesetzgeber vor allem deshalb auf, weil ihm nur Eingriffe in jenen Teil dieses Bereichs, der nicht jedermann

41 Scholler, a.a.O., S. 83

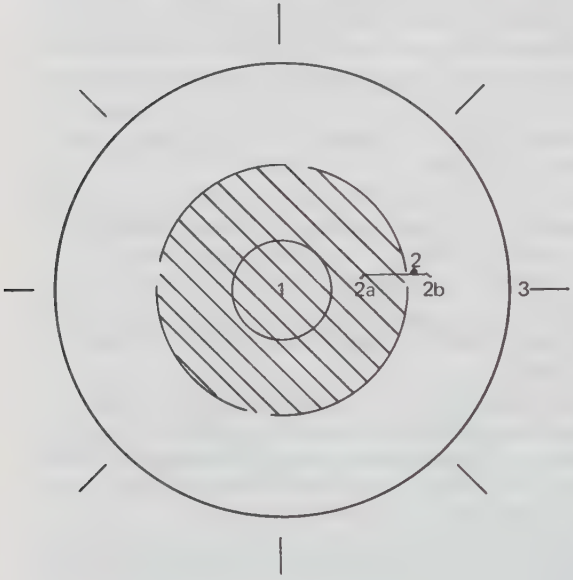
42 Diese Feststellung erleichtert die Abgrenzung gegenüber dem Geheimbereich. Die sich im Geheimbereich abspielenden Vorgänge dürfen nämlich ohne Rechtfertigungsgrund durch niemanden wahrgenommen werden. Mitwisser eines solchen Vorkommnisses dürfen dieses (auch ohne besondere vertragliche Verpflichtung) Dritten nicht bekanntgeben. Als "Dritte" sind in diesem Zusammenhang alle Personen zu betrachten, die an jenen sich im Geheimbereich abspielenden Vorgängen nicht teilhaben. Ein zum Privatbereich Gehörender ist also dementsprechend auch Dritter.
Ein weiteres Abgrenzungskriterium ergibt sich aus dem Umstand, dass die den Geheimbereich beherrschenden Wesensmerkmale des Geheimhaltungswillens und des Intimcharakters den Privatbereich nicht bestimmen.

43 Zu den Abgrenzungskriterien vgl. im einzelnen § 14 II B.

44 Sie wurde im Differenzbereinigungsverfahren zum BG betr. VpG durch den Vermittlungsantrag des EJPD vom 4.12.1968 erstmals in dieser Art vollzogen und in Art. 179quater aufgenommen.

ohne weiteres zugängliche Tatsachen umfasst, unter gewissen Voraussetzungen strafwürdig erschienen. Die Anwendung besonderer technischer Mittel und die Beseitigung allfälliger Hindernisse zum Zwecke der Kenntnisnahme solcher Tatsachen sollen nämlich strafrechtlich relevante Verhaltensweisen darstellen.

Der bildlichen Darstellung der dem BG betr. VpG zugrundeliegenden Aufteilung des Lebensbereiches in Geheim-, (zweigeteilten) Privat- und Gemeinbereich soll das folgende Schema dienen:



1. Geheimbereich
2. Privatbereich
   a. nicht jedermann ohne weiteres zugänglicher Teil des Privatbereichs
   b. jedermann ohne weiteres zugänglicher Teil des Privatbereichs
3. Gemeinbereich

1. und 2a. sind die durch das BG betr. VpG strafrechtlich geschützten Lebensbereiche.

III. Der Begriff des persönlichen Geheimbereichs

Dieser gesetzlich vorgesehenen Aufteilung der Lebensbereiche entspricht die folgende Inhaltsbestimmung:

All jene Lebensvorgänge, die dem Geheimbereich oder dem nicht jedermann ohne weiteres zugänglichen Teil des Privatbereichs angehören, können unter dem Begriff des persönlichen Geheimbereichs zusammengefasst werden[4 5].

45 Privat- und Geheimbereich betrachtet Jäggi, a.a.O., S. 164 a ff. als Bestandteile des sog. Persönlichkeitsbereichs, einer der drei Ausdrucksformen der menschlichen Persönlichkeit. Dieser Persönlichkeitsbereich, der einem grössern Ganzen, dem Lebensbereich (Interessen- oder Rechtssphäre) angehört, ist also nicht identisch mit dem von uns skizzierten persönlichen Geheimbereich, sondern stellt einen viel umfassenderen Begriff dar und beinhaltet die "Gesamtheit des Individuellen" schlechthin. Was Jäggi als Persönlichkeitsbereich bezeichnet, entspricht m. E. etwa dem von der Konferenz Nordischer Juristen in einem Beschluss vom 22. und 23.5.1967 umrissenen Inhalt des Privatlebens (vgl. Bulletin der Internationalen

2. Die Umschreibung des persönlichen Geheimbereichs im BG betr. VpG:

Wie bereits erwähnt, haben die von Jäggi postulierten Differenzierungen das neue Gesetz entscheidend beeinflusst. Das beweist nicht nur die Tatsache, dass verschiedene Referenten im Verlaufe der Beratungen in den eidgenössischen Räten mit Nachdruck auf die Ausführungen dieses Autors Bezug nahmen, sondern der Gesetzestext selbst hat die entscheidende Dreiteilung, wenn auch mit einer den Privatbereich betreffenden Präzisierung, übernommen.

Während Artikel 179 quater die durch ihn erfassten Schutzbereiche ausdrücklich erwähnt, er spricht von Geheim- und Privatbereich, streben die Art. 179 bis und 179 ter eine Abgrenzung gegenüber dem sog. Gemeinbereich an, indem sie die nichtöffentlichen Gespräche von denjenigen abheben, welche sich in der Öffentlichkeit abwickeln.

3. An dieser Stelle soll noch auf die bisherige Ausgestaltung von Privat- und Geheimbereich[46] durch die Schweizerische Rechtsprechung hingewiesen werden:

Wohl verweist die Praxis schweizerischer Gerichte vereinzelt im Zusammenhang mit Fragen des privatrechtlichen Schutzes des Privatlebens auf den Privat- und den Geheimbereich des Menschen. Umfassende Begriffsbestimmungen können ihr jedoch nicht entnommen werden.

Der Privatbereich wird gar nie ausdrücklich erwähnt[47]. Lediglich einige wenige Entscheide lassen erkennen, dass er als Persönlichkeitsgut geschützt wird[48].

Erwähnt wird vor allem der Geheimbereich. Er umfasst z.B. nach BIZR 41, Nr. 15 "alle Tatsachen des privaten, beruflichen oder wirtschaftlichen Lebens des Einzelnen, die nicht allgemein bekannt oder nicht allgemein wahrnehmbar sind und auf die sich der Geheimhaltungswille des Einzelnen bezieht"[49].

Versuche definitorischer Erfassung des Privat- und Geheimbereichs sind aber nicht häufig. Das zeigt, dass die Problematik um die Abgrenzungskriterien unsere Gerichte bisweilen gar nicht beschäftigt. Vielmehr sind diese Begriffe in der Praxis weitgehend unbestimmte Rechtsbegriffe geblieben.

Juristenkommission, S. 2 f.). Danach gestaltet sich das Privatleben folgendermassen: "Das Recht auf Privatleben ist das Recht, sein eigenes Leben ungehindert und mit einem Minimum von Eingriffen von aussen zu führen. Im einzelnen umfasst es:
Das Recht des Einzelnen auf Führung seines eigenen Lebens und Schutz gegen: a) Eingriffe in das Privatleben, das Familienleben und das häusliche Leben; b) Eingriffe in die geistige oder körperliche Unversehrtheit oder die sittliche oder geistige Freiheit; c) Angriffe gegen die Ehre oder den guten Ruf; d) falsche Aussagen; e) die Enthüllung sachfremder peinlicher Umstände aus dem Privatleben; f) die Benutzung seines Namens, seiner Identität oder seiner Abbildung; g) Bespitzelung, Beschatten, Beobachtung und Belästigung; h) Eingriffe in den Briefwechsel; i) Missbrauch seiner schriftlichen oder mündlichen privaten Mitteilungen; j) Preisgabe von Informationen, die er unter dem Siegel des Berufsgeheimnisses mitgeteilt oder empfangen hat."
In dieser Weise muss m. E. Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten ausgelegt werden, der in Abs. 1 besagt: "Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs."

46 Diese Bezeichnung soll beibehalten werden, ungeachtet anderer in der Wissenschaft verwendeter Ausdrucksweisen, wie "Privatleben, Privatsphäre, Geheimsphäre" u. ä.

47 Grossen, a.a.O., S. 84

48 Vgl. BGE 70 II 127 ff. und 44 II 319 ff.

49 Vgl. ferner BGE 44 II 326 f. und BIZR 31, Nr. 1

IV. Der Begriff des Geheimnisses und sein Verhältnis zum persönlichen Geheimbereich

1. Im Anschluss an die begriffliche Erfassung des persönlichen Geheimbereichs stellt sich nun die Frage, ob im Falle einer Verletzung des Geheim- oder des strafrechtlich geschützten Teils des Privatbereichs stets auch ein Geheimnis tangiert sei. Es muss also m.a.W. untersucht werden, ob inhaltlich Identität besteht zwischen den beiden sprachlich verwandten Begriffen des *Geheimnisses* und des auf Grund der bundesgesetzlichen Regelung gewonnenen *persönlichen Geheimbereichs*.

Die verneinende Antwort auf diese Fragestellung soll in der Folge begründet werden. Dies kann mit Hilfe einer Gegenüberstellung dieser beiden in Literatur und Rechtsprechung vielfach undifferenziert verwendeten Begriffe geschehen[50].

2. Eine allgemein gültige Umschreibung des *"Geheimnisses"* ist unserem kodifizierten Recht nicht zu entnehmen. Das Privatrecht nennt den Begriff gar nicht ausdrücklich. Er erscheint aber in neun Artikeln[51] des Strafgesetzbuches. Eine inhaltliche Bestimmung überlässt aber auch das Strafrecht der Praxis.

Das Fehlen einer Legaldefinition führte in der Literatur zu zahlreichen Definitionsversuchen. Es hat sich aber gezeigt, dass es äusserst schwierig ist, den vielgestaltigen Inhalt des Geheimnisses in eine juristisch einwandfreie Form zu kleiden. Dies war wohl auch der Grund, weshalb der Gesetzgeber auf eine Legaldefinition verzichtet hat.[52] Es soll daher hier von einem Definitionsversuch abgesehen werden. Vielmehr gilt es, die wesentlichen Elemente des Geheimnisbegriffs hervorzuheben. Die so gewonnene Umschreibung des Geheimnisses[53] kann dann mit derjenigen des persönlichen Geheimbereichs konfrontiert werden (vgl. unten, Ziff. 4).

3. a. Einigkeit besteht in der Literatur darin, dass Gegenstand des Geheimnisses wahre oder falsche Tatsachen sind[54].

b. Die betreffende Tatsache darf *nicht offenkundig,* d.h. keiner unbeschränkten Vielheit von Personen, also nicht allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich sein.

50 Vgl. etwa Giesker, a.a.O., S. 1, der die Geheimsphäre als Summe aller Geheimnisse betrachtet. Dabei ist aber zu beachten, dass Giesker eine Aufteilung in Geheim- und Privatbereich nicht anerkennt. Vielmehr erfasst er mit seinem Begriff der Geheimsphäre all jene Tatsachen, die Jäggi als Gegenstand des Geheim- und Privatbereichs anerkennt. Gieskers Geheimnisbegriff würde also auch all jene Tatsachen erfassen, die gemäss BG betr. VpG Gegenstand des persönlichen Geheimbereichs darstellen. Gegen eine solche Identität von Geheimnis und persönlichem Geheimbereich soll aber hier gerade eingetreten werden.

51 In den Artikeln 162, 179, 267, 273, 283, 293, 320, 321 und 329 erscheint der Begriff des Geheimnisses teils in den Marginalien, teils im Gesetzestext.

52 Vgl. Ruckstuhl, a.a.O., S. 17 f.

53 Zu der hier folgenden Begriffsbestimmung vgl. Noll, Das ärztliche Berufsgeheimnis, S. 236 ff.; Schwander, a.a.O., S. 396 ff.; Hafter, Bes. Teil II, S. 847; Comtesse, a.a.O., S. 257 ff.; Ruckstuhl, a.a.O., S. 17 ff.; Mahler, a.a.O., S. 47 ff.; Lehmann, a.a.O., S. 14 ff.; Hubmann, a.a.O., S. 240; Lohner, a.a.O., S. 23 ff.

54 Einige Autoren (so Comtesse, a.a.O., S. 258; Hafter, Bes. Teil II, S. 847 und Schwander, a.a.O., S. 396) bezeichnen nicht eine Tatsache selbst als Gegenstand des Geheimnisses, sondern vielmehr deren Kenntnis. In der fraglichen Tatsache sehen sie lediglich das Objekt der Kenntnis und des Geheimnisses. Diese Meinung führt, wie Noll, Das ärztliche Berufsgeheimnis, S. 236 bemerkt, zu keinen andern praktischen Ergebnissen.

Es darf nur ein beschränkter, kleinerer oder grösserer Kreis oder u.U. gar nur eine einzelne Person die geheime Tatsache kennen[55].

Hier liegt m.E. der Schwerpunkt einer Begriffsbestimmung des Geheimnisses. Immer muss es sich nämlich um Tatsachen handeln, die der Wahrnehmung und dem Wissen aller ausserhalb dieses bestimmten oder bestimmbaren Kreises sich befindenden Personen entzogen sind.

Auch wenn etwa der Standort oder die Beschaffenheit militärischer Anlagen, wie Bunker oder Tanksperren, die sich an öffentlichen Verkehrswegen befinden und von jedem Passanten ohne weiteres wahrzunehmen sind, ausländischen Organisationen verraten werden, so liegt eine Geheimnisverletzung vor. Es sind nämlich nicht nur die einem kleinen Personenkreis bekannten Tatsachen (Operationspläne, unterirdische Anlagen) als militärische Geheimnisse zu betrachten. Nach ständiger Rechtsprechung fallen auch Gegenstände, die von einem weitern Personenkreis wahrzunehmen sind (oberirdische Befestigungsanlagen) unter den Geheimnisbegriff[56]. Solche lokal beschränkt zugängliche oder wahrnehmbare Tatsachen sind als Geheimnisse zu betrachten, weil nur derjenige Mitwisser sein kann[57], welcher den Verkehrsweg benützt, der einen Ausblick auf die militärischen Anlagen gestattet.

c. Der *Geheimhaltungswille* des Geheimnisherrn[58] kennzeichnet als drittes Element das Geheimnis. Dieser Wille kann sich in ausdrücklichen Erklärungen oder durch konkludentes Verhalten[59] offenbaren. Wir wollen darunter die Kundgabe jener Bestrebungen verstehen, die darauf abzielen, eine Tatsache der Wahrnehmung und dem Wissen anderer zu entziehen.

d. Der Geheimhaltungswille muss begleitet sein von einem *Geheimhaltungsinteresse,* denn wer seinen Geheimhaltungswillen ohne schutzwürdiges Interesse durchsetzen will, handelt rechtsmissbräuchlich[60].

4. Die Feststellung, dass sich die Begriffe des Geheimnisses und des persönlichen Geheimbereichs inhaltlich nicht decken, kann erhärtet werden, wenn wir die Umschreibung des Geheimnisses mit derjenigen des Privat- und des Geheimbereichs vergleichen.

a. Im Falle der Verletzung des Geheimbereichs müssen stets Geheimnisse tangiert sein. Der Geheimbereich umfasst ja jene Lebensvorgänge, die der Mensch der Wahrnehmung und dem Wissen der andern entziehen oder die er nur mit einer einzelnen oder mit mehreren ganz bestimmten Personen teilen will. Alle diese Lebensvorgänge, die der Allgemeinheit unbekannt sind, stellen also Geheimnisse im Sinne unserer Begriffsbestimmung dar.

55 Diese Feststellung wird veranschaulicht durch ein Beispiel Ruckstuhls, a.a.O., S. 18: "Ein Passwort kann Tausenden bekannt sein, es bleibt trotzdem geheim." "Der Grund, weshalb das Geheimnis nicht untergeht, liegt in der Sache selbst, sowie im Verhalten derjenigen Personen, welche die geheime Tatsache kennen. Die Tatsache muss dergestalt sein, dass sie nicht allgemein zugänglich ist. Die Wissenden unternehmen gewisse Vorkehrungen, durch welche das Geheimnis geschützt wird: sie schweigen, sie bauen eine Wand, sie schliessen ab etc."

56 Lohner, a.a.O., S. 55 f.

57 Comtesse, a.a.O., S. 260

58 Es ist nach Schwander, a.a.O., S. 397 "derjenige, dessen Wille über die Geheimhaltung, Ausnützung, Weiter- oder Preisgabe des Geheimnisses entscheidet".

59 Vgl. Lohner, a.a.O., S. 56

60 Die Bedeutung des Geheimhaltungsinteresses und des Geheimhaltungswillens ist umstritten. Vgl. dazu Näheres bei Noll, Das ärztliche Berufsgeheimnis, S. 238 ff.

b. Anders gestaltet sich das Verhältnis zwischen Geheimnis und dem durch das BG betr. VpG geschützten Teil des Privatbereichs. Diesem geht der Charakter der Intimität, der den Geheimbereich kennzeichnet, ab. Die sich in dem nicht jedermann ohne weiteres zugänglichen Teil des Privatbereichs abspielenden Lebensvorgänge sollen dem Wissen und der Wahrnehmung der übrigen Menschen nicht schlechthin entzogen sein. Vielmehr kann ein beschränkter Kreis von Mitmenschen durchaus um diese Vorgänge wissen. Zahlreiche Nachbarn einer bekannten Persönlichkeit des öffentlichen Lebens kennen beispielsweise deren Lebensgewohnheiten, die Art ihrer Freizeitgestaltung oder ihre Verhaltensweise im Familienkreise. Einblicke dieser Art sind auf Grund des Zusammenlebens auf verhältnismässig engem Raum heute unumgänglich. Der Einzelne mag wohl in seinem Bestreben nach Ungestörtheit bemüht sein, Vorgänge in diesem Lebensbereich möglichst unauffällig zu gestalten und für sich zu behalten. Er weiss aber, dass seine Verhaltensweisen von seinen Mitmenschen bemerkt und allenfalls diskutiert werden. Vorkehrungen, die einen Geheimhaltungswillen offenbaren, trifft er bezüglich der sich in diesem Lebensbereich abspielenden Tatsachen jedoch nicht. Sie stellen daher auch keine Geheimnisse dar. Das will nun aber keineswegs heissen — wie dies die angestrebte Zweiteilung des Privatbereichs angezeigt hat —, dass jeder beliebige Eingriff in diesen nicht ohne weiteres jedermann zugänglichen Teil des Privatbereichs zu dulden wäre. Vielmehr hat der Rechtsträger alles Interesse daran, dass diesem Lebensbereich keine Publizität zukommt. Einer solchen würde aber gerade Vorschub geleistet, wenn dieser Teil des Privatbereichs den Eingriffen mittels TBA schutzlos ausgesetzt wäre.

c. Wir kommen zum Schluss, dass der Begriff des Geheimnisses spezifisch eng zu fassen ist. Das Geheimnis ist identisch mit jenen Tatsachen, die Gegenstand des Geheimbereichs sind, also nur einen Teil des persönlichen Geheimbereichs ausmachen.

Die Abklärung der Beziehungen von Geheimnis und persönlichem Geheimbereich hat lediglich einer begrifflichen Klärung gedient. Über die strafrechtliche Erfassung von verschiedenen Verletzungsmodalitäten des persönlichen Geheimbereichs ist damit noch nichts ausgesagt. Der Behandlung der damit verbundenen Problemkreise soll hier auch noch nicht vorgegriffen werden.

5. Im Anschluss an diese Ausführungen interessiert die Frage, welche Stellung der Begriff des Geheimnisses im Strafgesetzbuch einnimmt.

a. Es fällt auf, dass ein Teil der Strafbestimmungen, welche das Geheimnis nennen, gar nicht den Geheimbereich der natürlichen Person, sondern die Interessenslage des Staates beschlägt[61]. Der oben aufgewiesene Geheimnisbegriff wird jedoch dadurch keineswegs in Frage gestellt und findet analoge Anwendung, da m.E. auch dem Staat

61 Vgl. Art. 267 StrGB, der eigentliche Staatsgeheimnisse von aussenpolitischer Bedeutung schützt. Art. 273 StrGB schützt die Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse sowohl der Privaten, als auch des Staates. Art. 293 StrGB schützt u.a. geheime Verhandlungen von staatlichen Organen, wie etwa von Gerichten oder Regierungen. Schutzobjekt von Art. 320 StrGB ist nach Thormann/Overbeck, a.a.O., S. 466, das "öffentliche, insbesondere das staatliche Interesse an der Geheimhaltung gewisser Vorgänge oder Verhältnisse, deren Kenntnis über einen bestimmten amtlich oder dienstlich damit befassten Personenkreis nicht hinausgehen soll."
Auch in den Art. 329 StrGB und 86 MStG sind staatliche Interessen geschützt.
Vgl. zu diesem Problemkreis die Ausführungen zu den einschlägigen Artikeln bei Schwander, a.a.O. und Thormann/Overbeck, a.a.O.

eine dem persönlichen Geheimbereich entsprechende staatliche Geheimsphäre[62] durchaus zuzubilligen ist.

b. In Artikel 329 StrGB erscheint der Begriff des Geheimnisses in einem Sinnzusammenhang, der die Vermutung nahelegt, es bestehe zwischen dem durch das Gesetz geschützten Geheimnis und der oben vertretenen Umschreibung eine Diskrepanz. So könnte auf Grund des Wortlautes von Artikel 329 StrGB leicht angenommen werden, das Gesetz unterstelle dem Begriff des Geheimnisses auch solche Tatsachen, die einer breiten Öffentlichkeit bekannt oder der Allgemeinheit zugänglich sind. Der Geheimnisverletzung nach Artikel 329 StrGB macht sich nämlich schuldig, wer in irgendwelche militärische Anstalten oder Örtlichkeiten, z.B. Kasernen, Festungen, Übungs- und Schiessplätze verbotenerweise eindringt (Abs. 1)[63] oder militärische Anstalten oder Gegenstände, deren Standort oder Beschaffenheit jedermann zu kennen die Möglichkeit hat, "abbildet oder solche Abbildungen durch beliebige Mittel vervielfältigt oder veröffentlicht"[64] (Abs. 2).

Da dieser Artikel nun wirklich auch solche Tatsachen zu den Geheimnissen zählt, die einer unbestimmten Vielheit von Personen zugänglich sind, darf in diesem *einzigen Fall* des StrGB die Gemeinsamkeit der Bezeichnung nicht darüber hinwegtäuschen, dass inhaltlich ein Unterschied besteht zwischen dem Geheimnisbegriff, wie ihn Art. 329 StrGB kennt und demjenigen der den andern Geheimnistatbeständen des StrGB zugrundeliegt[65]. Weil Art. 329 StrGB somit auch Tatsachen erfasst, welche der Kenntnis der Öffentlichkeit nicht entzogen sind, sprechen wir hier mit Comtesse[66] von Geheimnissen im *unechten Sinne.* Bei allen[67] andern durch das Gesetz erwähnten Geheimnissen handelt es sich jedoch um *echte*.

62 Thormann/Overbeck, a.a.O., S. 366

63 Das als objektives Tatbestandsmerkmal ausgestaltete militärbehördliche Verbot des Zutritts darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich trotzdem um solche Anstalten und Örtlichkeiten handelt, die jedermann kennt oder zumindest ohne weiteres kennen lernen kann.

64 Vgl. Thormann/Overbeck, a.a.O., S. 484

65 Dieser inhaltliche Unterschied besteht an und für sich auch im Verhältnis von Art. 86 MStG und dem von uns aufgezeigten Geheimnisbegriff. Jedoch wird in Art. 86 MStG der inhaltlichen Besonderheit des militärischen Geheimnisses Rechnung getragen, indem nämlich nur jenen "Tatsachen, Vorkehren, Verfahren oder Gegenständen, die *mit Rücksicht auf die Landesverteidigung geheim gehalten werden*", der Charakter solcher Geheimnisse zuerkannt wird. Die gleiche Präzisierung erfährt der Begriff des militärischen Geheimnisses auch in Art. 106 MStG.

66 A.a.O., S. 258

67 Die Ansicht von Comtesse, a.a.O., S. 263, beim Tatbestand von Art. 179 StrGB handle es sich ebenfalls um ein unechtes Geheimnis, kann ich aus folgenden Gründen nicht teilen:
Der Umstand, dass der Inhalt der nach Art. 179 StrGB in Frage stehenden Schrift Stadtklatsch sein kann, also der Öffentlichkeit u.U. durchaus bekannt ist, darf nicht zur Annahme verleiten, der Geheimnisbegriff sei hier ein unechter. Wäre nur der Inhalt der Schrift selbst im Sinne des Gesetzes als Geheimnis zu betrachten, so träfe die Ansicht von Comtesse durchaus zu. Geschützt ist nun aber in erster Linie die "Geheimsphäre einer verschlossenen Schrift" (vgl. Germann, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Anmerkung zu Art. 179) und nicht deren Inhalt. So ist denn die Tat bereits vollendet, das Schriftgeheimnis verletzt, mit der Öffnung der Schrift oder Sendung; auf die beabsichtigte Kenntnisnahme des Inhaltes kommt es gar nicht an.

§ 3 Der bisherige Rechtsschutz des persönlichen Geheimbereichs

I. Allgemeines

1. Nach der Begriffsbestimmung des persönlichen Geheimbereichs gilt es nun zu untersuchen, ob und inwieweit dieser durch Bestimmungen des positiven Rechts geschützt sei.

Wir wollen daher an dieser Stelle versuchen, einen Überblick über die einschlägigen Gesetzesbestimmungen des Straf-, Privat- und öffentlichen Rechts zu gewinnen.

2. Nach der Erörterung der einzelnen Artikel des neuen BG betr. VpG soll dann untersucht werden, ob und inwiefern diese Teilrevision des StrGB den Schutz des persönlichen Geheimbereichs verstärkt[68].

II. Der strafrechtliche Schutz

A. Das materielle Strafrecht

1. Der persönliche Geheimbereich fand im Schweizerischen Strafrecht bisher keine Ausgestaltung als selbständiges Schutzgut. Eingriffe in diese Sphäre lassen sich lediglich unter einige im ganzen Strafrecht zerstreute Tatbestände subsumieren. Diese sind jedoch im Hinblick auf einen ausgedehnten strafrechtlichen Schutz des persönlichen Geheimbereichs zu lückenhaft, erfasst doch jeder von ihnen nur ganz bestimmte, gesetzlich genau umschriebene Verhaltensformen. Da jeder dieser Straftatbestände die Gesamtheit der Voraussetzungen für eine bestimmte Rechtsfolge umschreibt[69], ist es auf Grund bisheriger Strafnormen nicht möglich, sämtliche sich aus der Anwendung moderner TBA ergebenden Verletzungsmodalitäten des persönlichen Geheimbereichs einzufangen. Gerade weil dieser bei der Tatbestandsbildung unberücksichtigt blieb, gewährten bisherige Strafnormen nur einen partiellen Schutz gegen seine Beeinträchtigungen.

2. Diesen teilweisen Schutz bieten vorwiegend solche Normen, welche einen Ausfluss aus dem rechtlichen Schutz der Persönlichkeit darstellen. Sie müssen daher im Zusammenhang mit jenen Straftatbeständen erläutert werden, welche den Persönlichkeitsschutz verwirklichen[70]. Unter diesem Gesichtspunkt sind zu erwähnen:

a. Jene Bestimmungen, die dem Schutz immaterieller Rechtsgüter dienen:

Die Anwendung von Abhör- und Aufnahmegeräten kann eine Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses im Sinne von Art. *162 StrGB* bedeuten.

68 Dabei wollen wir uns dann ausschliesslich mit dem Verhältnis der Art. 179 bis ff. zu andern den persönlichen Geheimbereich schützenden Strafrechtstatbeständen befassen. Über den Schutz, den das öffentliche und das Privatrecht gewähren, wollen wir uns im folgenden (§ 3 III und IV und § 4) abschliessend äussern.

69 Germann, Kommentar, S. 38

70 Vgl. Schultz, Zivilrechtlicher Schutz der Persönlichkeit und Strafrecht, S. 94, der betont, dass gerade dem Strafrecht seit altersher in ganz besonders hohem Masse die Aufgabe zukommt, die Persönlichkeit zu schützen.

Es ist aber auch möglich, dass die Tatbestände von *Art. 13 lit. f und g UWG* erfüllt werden, die den unlautern Wettbewerb, begangen durch Verrat oder Auskundschaftung von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen bzw. deren Verwertung unter Strafe stellen.

b. Die Ehrverletzungstatbestände der Artikel 173, 174 und 177 StrGB:

Werden abgehörte Mitteilungen weiterverbreitet, so können *üble Nachrede* oder *Beschimpfung* zum Nachteil der abgehörten oder einer dritten Person vorliegen[71]. Aus einer Weiterverbreitung resultieren u. U. aber auch *Verleumdungen*, und zwar dann, wenn der Inhalt der aufgefangenen Gespräche entstellt wird[72].

Im allgemeinen bieten die Ehrverletzungstatbestände keinen Schutz gegen Verletzungen des persönlichen Geheimbereichs mittels TBA. Die Artikel 173 ff. StrGB schützen nämlich nur die sog. "äussere Ehre", deren Verletzung geeignet ist, den Menschen in seiner sozialen Geltung zu erniedrigen[73]. Unter dieser "äussern Ehre" ist die Geltung und Wertschätzung zu verstehen, die ein Mensch seiner Fähigkeiten und Leistungen wegen im Kreise seiner Mitmenschen geniesst[74]. Der Gesprächspartner, dessen Äusserungen ohne seine Einwilligung durch einen Gesprächsteilnehmer auf ein Tonband aufgenommen werden, kann wohl kaum mit Erfolg geltend machen, er sei in seinem sozialen Geltungsanspruch, in seiner Ehre verletzt worden.

c. Die Verletzung des Schriftgeheimnisses (Art. 179 StrGB) und die Verletzung des Postgeheimnisses und anderer Rechte der Postbenützer nach Art. 57 PVG:

Artikel *179 StrGB* bestraft wohl denjenigen, der unberechtigterweise eine verschlossene Schrift oder Sendung öffnet, um von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen, schweigt sich jedoch über die Strafbarkeit anderer Verletzungen des persönlichen Geheimbereichs aus. Nicht bestraft wird beispielsweise, wer den Inhalt einer bereits geöffneten Schrift auf photomechanischem Weg festhält oder wer verschlossene Schriften durchleuchtet, um sie lesen, oder allenfalls photographieren zu können.

Das Öffnen verschlossener Postsendungen ist auch nach *Art. 57 PVG* strafbar. Dieser Artikel begnügt sich nun aber nicht mit einer engen Tatbestandsumschreibung, sondern stellt die Verletzung des Postgeheimnisses schlechthin unter Strafe und gibt eine Umschreibung desselben. Einer Verletzung des Postgeheimnisses macht sich danach die mit postdienstlichen Verrichtungen betraute Person schuldig, die über den Postverkehr bestimmter Personen Mitteilung macht, eine verschlossene Postsendung öffnet, dem Inhalt einer solchen Sendung nachforscht oder deren Inhalt Dritten mitteilt. Da es sich bei Artikel 57 PVG um ein echtes Sonderdelikt[75] handelt, der Kreis der in Frage kommenden Täter sich auf solche Personen beschränkt, welche mit postdienstlichen Verrichtungen betraut sind, bietet dieser Artikel einen sehr beschränkten Schutz gegen Verletzungen des persönlichen Geheimbereichs.

71 Die Aufnahme muss mit dem Willen des Täters bekanntgegeben werden. Erfolgt keine Weiterverbreitung, so entfällt die Tatbestandsmässigkeit.

72 Auch eine Kreditschädigung ist denkbar (Art. 160 StrGB).

73 Als "innere Ehre" bezeichnet die Lehre das Bewusstsein des Ehrenträgers vom eigenen Wert, also sein Ehrgefühl, seine Ehrenhaftigkeit. Diese Ehre, ein sehr eng mit dem Gewissen verknüpftes Gefühlsmoment, ist nach herrschender Meinung nun nicht Gegenstand des durch das Strafrecht gewährten Ehrenschutzes. Vgl. Schwander, a.a.O., S. 382; Thormann/Overbeck, a.a.O., S. 156; Moser, a.a.O., S. 38

74 Moser, a.a.O., S. 37 und Delaquis, a.a.O., S. 214. Vgl. BGE 71 IV 225, wo der Ehrbegriff nach Inkrafttreten des StrGB erstmals näher umschrieben wurde. A. M. Hirsch, a.a.O., S. 90

75 Zu diesem Begriff vgl. Schwander, a.a.O., S. 138

d. Bestimmungen, welche sich gegen Eingriffe in die Selbstbestimmung, die Bewegungsfreiheit und die sexuelle Integrität wenden (4. und 5. Titel des StrGB):

Der Tatbestand der *Nötigung* (Art. 181 StrGB), einerseits Grundtatbestand aller gegen die freie Willensbildung und Willensbetätigung gerichteten Delikte, anderseits subsidiäre Norm[76], bietet Schutz gegen solche Beeinträchtigungen des persönlichen Geheimbereichs, durch die der Täter dem Opfer seinen Willen aufzwingt.

Die Frage der Nötigung wäre etwa in folgenden Fällen zu prüfen:

- Jemand wird unter Androhung eines ernsthaften Nachteils oder gewaltsam gezwungen, eine Beichte auf Band zu sprechen[77].
- Eine Person weigert sich photographiert zu werden. Daher verdeckt sie ihr Gesicht. Der Täter entfernt die Abschirmung gewaltsam und erstellt ein Bild.
- Die Drohung, jemanden photographisch festhalten zu wollen, fördert den Entschluss, gewisse Orte, Räumlichkeiten, zwischenmenschliche Kontakte zu meiden.

Ein spezifisch enger Schutz gegen Verletzungen des persönlichen Geheimbereichs lässt sich auf Grund von *Art. 186 StrGB* erreichen. Wegen Hausfriedensbruchs macht sich nämlich strafbar, wer gegen den Willen des aus dem Hausrecht[78] Berechtigten[79] ein Haus, eine Wohnung oder einen zum Haus gehörenden umfriedeten Platz zum Anbringen, Bedienen und Entfernen von Abhör- oder Aufnahmegeräten betritt. Dieser Schutz fällt weg, d.h. der Tatbestand des Hausfriedensbruchs ist nicht erfüllt, wenn die das Gerät bedienende oder anbringende Person zutrittsberechtigt ist.

Neben den Rechtsgütern des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit, der Freiheit, des Hausrechts und der Ehre stellt auch die sexuelle Integrität einen Ausfluss aus der rechtlich geschützten Persönlichkeit dar. Unter diesen, dem Schutze der sexuellen Integrität dienenden Straftatbeständen finden sich einige, welche einen teilweisen Schutz des persönlichen Geheimbereichs bewirken können. Man denke etwa an die *Artikel 187 und 188 StrGB*, welche Angriffe auf die geschlechtliche Freiheit und Ehre bestrafen, also das Geschlechtsleben, als höchstpersönliches Gut einer Person sichern. In Betracht fallen aber auch die die Sittlichkeit garantierenden Bestimmungen von *Art. 203, 204, 205 und 212 StrGB.*

e. Der vorbotene politische und wirtschaftliche Nachrichtendienst (Art. 272 und 273 StrGB):

Das durch *Art. 272 StrGB* geschützte Rechtsgut ist zwar stets die schweizerische Gebietshoheit, jedoch können die durch den politischen Nachrichtendienst erfolgenden Angriffe sich unmittelbar gegen Privatpersonen richten[80]. Es ist durchaus möglich, dass Fakten, die Gegenstand einer solchen Nachricht sind, dem persönlichen Geheimbereich eines Privaten angehören.

Ähnliches gilt für den wirtschaftlichen Nachrichtendienst (*Art. 274 StrGB*). Wohl werden durch diesen Tatbestand Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse des Staates und der einzelnen privaten Wirtschaftssubjekte geschützt. Eine Verletzung dieser

76 Für diese Doppelfunktion sprechen sich Hafter, Bes. Teil I, S. 91 und Schwander, a.a.O., S. 405 aus.

77 Vgl. Siegert, a.a.O., S. 37

78 Es wird in BGE 83 IV 156 ausdrücklich als ein Teil der Persönlichkeitsrechte bezeichnet.

79 Es kann dies der Inhaber des Hausrechts selber sein oder sein Vertreter (Hausgenosse, Dienstbote, Beauftragter).

80 Vgl. BGE 74 IV 204; 82 IV 164; Schwander, a.a.O., S. 482

Geheimnisse kann auch einen Einbruch in den persönlichen Geheimbereich eines Privaten darstellen. Jedoch darf nicht übersehen werden, dass weniger das Privatinteresse als solches geschützt wird als vielmehr das staatliche Interesse. Dieses ist darauf gerichtet, dass die unter die territoriale Hoheit gestellten Personen vor wirtschaftlichem Auskundschaften und Verrat geschützt werden[81].

f. Die Verletzung des Abstimmungs- und Wahlgeheimnisses (Art. 283 StrGB):

Das Recht der ungestörten politischen Willensbildung und der geheimen unkontrollierbaren Stimmabgabe ist m. E. ein besonderer Ausdruck der freien Persönlichkeitsentfaltung und Bestandteil des sog. Geheimbereichs.

g. Die Verletzung des Amtsgeheimnisses und des Berufsgeheimnisses (Art. 320 und 321 StrGB):

Auch auf Grund dieser beiden Straftatbestände kann nur ein partieller Schutz des persönlichen Geheimbereichs bewirkt werden, sind sie doch als echte Sonderdelikte ausgestaltet[82].

h. Rudimentären Schutz gegen Verletzungen des persönlichen Geheimbereichs bietet auch das *TTVG*. Dieses Gesetz, das allerdings nicht auf den Schutz der Persönlichkeit abzielt, sondern als Fiskalgesetz dem Schutz des Telephon- und Telegraphenregals[83] dient, bestraft in *Art. 42 Abs. 1 lit. a* denjenigen, der konzessionspflichtige Sende- oder Empfangseinrichtungen und Anlagen irgendwelcher Art, die der elektrischen oder radioelektrischen Zeichen-, Bild- oder Lautübertragung dienen, ohne Konzession oder im Widerspruch zu den Konzessionsbedingungen erstellt, betreibt oder benützt. Dieser Straftatbestand erfasst unter der Vielzahl moderner Abhör- und Aufnahmegeräte nur die von den PTT-Betrieben nicht konzessionierten Abhörgeräte, die als Kleinsender ausgestaltet sind.

Nach *Art. 42 Abs. 1 lit. b* macht sich strafbar, wer ohne Ermächtigung der Telegraphenverwaltung jene mit einer radioelektrischen Vorrichtung aufgefangenen Zeichen , Bilder oder Nachrichten einem Dritten bekanntgibt.

Art. 42 Abs. 1 lit. e endlich bedroht denjenigen mit Strafe, der fremde Apparate oder Leitungen mit denen der eidgenössischen Verwaltung ohne deren Zustimmung verbindet. Danach macht sich strafbar, wer eine Telephonleitung anzapft und die durch sie geführten Gespräche abhört.

Rudimentär ist der durch Art. 42 TTVG gewährte Schutz vor allem deshalb, weil es der Straftatbestand in dieser Formulierung nicht erlaubt, alle Arten von modernen Abhör- und Tonaufnahmegeräten zu erfassen. So fällt z.B. das eingebaute Mikrophon mit Drahtübermittlung, ebensowenig wie das Parabolspiegel-Mikrophon, das weit entfernte Gespräche mitzuhören erlaubt, nicht unter diese Bestimmung. Einer massenhaften Verwendung von solchen Geräten könnte also nicht entgegengewirkt werden. Ausser lit. e Abs. 1 stellen die Straftatbestände dieser Gesetzesbestimmung übrigens erst den unzulässigen Gebrauch bestimmter Geräte unter Strafe. Mit Hilfe von Bestimmungen, welche bereits das Herstellen, den Besitz und den Vertrieb bestrafen, liesse sich jedoch ein wirksamerer, früher einsetzender Schutz verwirklichen.

Die Unvollständigkeit des durch das TTVG realisierbaren strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereichs zeigt sich auch in *Art. 39* dieses Gesetzes. Nach Ab-

81 Schwander, a.a.O., S. 482 mit Judikaturnachweisen.
82 Vgl. Hafter, Bes. Teil II, S. 846
83 Vgl. TTVG Art. 1

satz 1 lit. a macht sich eine mit telegraphen- oder telephondienstlichen Verrichtungen betraute Person strafbar, die das Telegraphen- oder Telephongeheimnis verletzt. Dieser als echtes Sonderdelikt ausgestaltete Straftatbestand bietet also beispielsweise Handhabe für die Bestrafung eines von der PTT mit telephondienstlichen Verrichtungen betrauten Installateurs, der etwa im Auftrage eines misstrauischen Ehemannes eine Abhöranlage so anbringt, dass die Telephongespräche der zu überwachenden Ehefrau abgehört oder auf Tonband aufgenommen werden können.

3. Die unter Ziff. 2 aufgeführten Straftatbestände, welche den Persönlichkeitsschutz in hohem Masse verwirklichen, dienen teilweise der Garantie solcher mit der Person *unzertrennlich verbundenen Individualrechte.* Diese durch das Strafrecht geschützten Rechte, wie etwa das Recht auf geschlechtliche Unversehrtheit und das Recht auf Ehre[84], finden ihren Niederschlag in den Bestimmungen der Artikel 173, 174, 177 und 187, 188 StrGB.

4. Nachdem wir dargetan haben, dass der strafrechtliche Schutz des persönlichen Geheimbereichs unzureichend ist, drängt sich abschliessend folgende Feststellung auf:

Auf Grund des Legalitätsprinzips, welches das Strafrecht beherrscht, wird es möglich sein, die Lösung der sich im Hinblick auf die Verwendung von TBA ergebenden Probleme auf die Ebene der Rechtsfortbildung durch die Gerichte zu verlagern[85].

B. Das Strafprozessrecht

1. Das der Verwirklichung des materiellen Strafrechts dienende Strafverfahren hat den Beschuldigten als Person und Prozesssubjekt[86] zu achten. Anderseits schränkt gerade der Strafprozess diese mit der Persönlichkeit verbundenen Fähigkeiten wieder ein. So erfordert er mitunter gewisse Eingriffe in den persönlichen Geheimbereich. Daher wird es nötig, hier auf diesen Antagonismus, der auch das rechtsstaatliche Strafverfahren kennzeichnet, einzugehen.

2. Das Streben nach materieller Wahrheit, ein das ganze Strafprozessrecht beherrschender Grundsatz[87], führt zu einem Spannungsverhältnis zwischen einer wirksamen Strafjustiz und dem Grundrecht der persönlichen Freiheit. Die Verfolgung der dem Strafprozess gesteckten Ziele bringt nämlich notwendigerweise Eingriffe in dieses Grundrecht mit sich. Wo diese Beschränkungen ihre Grenzen finden, vermag wohl am besten eine inhaltliche Bestimmung der persönlichen Freiheit zu zeigen.

a. Der Grundgehalt der persönlichen Freiheit, die 1848 ja keine Aufnahme in den Grundrechtskatalog der Bundesverfassung fand[88] wurde durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung herausgearbeitet.

84 Tuor, a.a.O., S. 74

85 Vgl. BGE 71 IV 148; 72 IV 103; 78 IV 40 und 86 IV 124. Wenn Süss, a.a.O., S. 204 behauptet, die Rechtsprechung habe heute Handhabe genug, um all den Missbräuchen moderner Technik einen Riegel zu schieben, so stimmt dies gerade bezüglich des Strafrechts keineswegs.

86 Vgl. Schmidt Eberhard, a.a.O., S. 57 ff.

87 Er besagt, dass es im Rahmen des Strafverfahrens gilt, "die Straftaten so genau und so vollständig als möglich zu erfassen" (Meyer, a.a.O., S. 55).

88 Ein akutes Schutzbedürfnis schien damals gar nicht gegeben, zumal schon die meisten regene-

Die Rechtsprechung der Jahre 1874 bis 1920[89] interpretiert die persönliche Freiheit im Sinne einer körperlichen Bewegungsfreiheit und Integrität[90]. Die Rekurse, welche das Gericht damals zu beurteilen hatte, befassten sich ausschliesslich mit Angriffen auf die physische Freiheit. In diesem Rahmen trat das Bundesgericht nicht nur auf Rekurse gegen willkürliche Verhaftungen ein – der Schutz gegen solche Verhaftungen bildet den eigentlichen Kerngehalt der persönlichen Freiheit[91] –, sondern es bot schlechthin Schutz gegen Beschränkungen verschiedenster Formen der körperlichen Bewegungsfreiheit[92]. Diese enge Interpretation verfolgte das Bundesgericht bis in die neueste Zeit[93]. Erst die Rechtsprechung des Jahres 1964 erweitert den Wirkungsbereich der persönlichen Freiheit wesentlich: "Die durch das ungeschriebene Verfassungsrecht[94] des Bundes gewährleistete persönliche Freiheit ist ein unverzichtbares[95] und unverjährbares Recht; . . .; es schützt die *körperliche Freiheit sowie die Willens- und Entscheidungsfreiheit*[96]."

Mit dieser Formulierung trägt das Bundesgericht unter Berücksichtigung der ständig zunehmenden Bedrohung des Menschen im Gesellschaftsleben des technisierten Zeitalters[97] dem Bedürfnis nach verstärktem Persönlichkeitsschutz Rechnung. So soll denn die Garantie des Grundrechts der persönlichen Freiheit in Zukunft nicht nur Eingriffen in die körperliche Bewegungsfreiheit und Integrität entgegenwirken, sondern über diesen physischen Schutz hinaus sollen jene Angriffe bekämpft werden, welche die menschliche Persönlichkeit "physisch, psychisch oder geistig in ihrem Wesen treffen und beeinträchtigen, verändern oder herabsetzen"[98].

rierten Kantonsverfassungen – die Vorbilder der neuen Bundesverfassung – die persönliche Freiheit gewährleisteten. Trotzdem darf sie gleich jenen Rechten, welche im Freiheitskatalog unserer BV verankert sind, als verfassungsmässiges Recht betrachtet werden. Der Schutz der persönlichen Freiheit von Bundesrechts wegen stellt einen Ausfluss der durchaus freiheitlich orientierten Konstitutionsprinzipien dar, welche unsere Verfassung tragen. Die Lücken, welche das Fehlen von Freiheitsrechten in den Grundrechtskatalogen der Kantonsverfassungen und der Bundesverfassung darstellen (vgl. Huber, Garantie der individuellen Verfassungsrechte, S. 154 a), werden durch die Sinngebung des Bundesgerichts als Verfassungsgerichtshof geschlossen. So anerkannte denn das Bundesgericht im Jahre 1963 erstmals ausdrücklich, dass auch die persönliche Freiheit als unentbehrlicher Bestandteil der rechtsstaatlichen Ordnung dem ungeschriebenen Verfassungsrecht angehört (BGE 89 I 98 E 3).

89 Saladin, a.a.O., S. 453

90 So auch die Doktrin; vgl. etwa Giacometti, Staatsrecht der Kantone, S. 159; Spoendlin, a.a.O., S. 36 ff.; Brühwiler, a.a.O., S. 74.

91 Spoendlin, a.a.O., S. 28

92 Vgl. BGE 31 301 E 2; 18 69 ff.; ferner 3 299; 8 494; 10 467 ff.; 13 494; 27 I 346; 32 I 86 ff.; 33 I 148 ff.; 36 I 407 ff.

93 So wird die persönliche Freiheit in BGE 82 I 238 folgendermassen charakterisiert: "unter dieser Freiheit, die in fast allen Kantonen umfassend gewährleistet ist, ist die körperliche Freiheit im Gegensatz zur geistigen, d.h. die Freiheit der Verfügung über den eigenen Körper, zu verstehen. Sie umfasst einmal die Freiheit der Bewegung im Raum und schützt damit gegen physischen Zwang (Festnahme, Einsperrung u.s.w.) wie auch gegen unmittelbaren Zwang (Verbote oder Befehle). Ferner schliesst sie das Recht auf körperliche Unversehrtheit ein und bietet damit Schutz gegen staatliche Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit. . ." Diese Praxis findet ihre Bestätigung in zwei neueren Entscheiden: BGE 88 I 272 und 89 I 98.

94 BGE 89 I 98

95 BGE 88 I 271

96 BGE 90 I 30

97 Müller, a.a.O., S. 6

98 Saladin, a.a.O., S. 455

Die neue Konzeption der persönlichen Freiheit hat eine bisher in der bundesgerichtlichen Praxis noch nie erreichte, präzise Formulierung des unantastbaren Wesenskerns des Individuums gezeitigt. Auf die Anerkennung eines solchen Wesenskerns, welche ein Grundsatzbekenntnis zur menschlichen Würde darstellt, dürften wohl in Zukunft Einzelfallentscheide des Bundesgerichtes aufbauen. In diesem Zusammenhang dürfte vor allem das *Strafverfahren* vom erweiterten Wirkungsbereich des Grundrechts erfasst werden. So nimmt Saladin[99] an, das Bundesgericht würde die Narkoanalyse, soweit sie als Mittel zum Schuldbeweis benützt wird, als verfassungswidrig erklären. In der Anwendung dieser Methode zur Wahrheitserforschung im Strafprozess sah schon Meyer[100], m.E. durchaus zurecht, einen Eingriff in den Grundgehalt der persönlichen Freiheit[101].

b. Wenn durch eine Besinnung auf den Grundgehalt der persönlichen Freiheit einerseits deutlich wurde, dass sich das Strafverfahren an den durch die geschriebene und ungeschriebene Verfassung vorgegebenen Grundrechten zu orientieren hat, so müssen wir uns nun andrerseits den Voraussetzungen der durch das Strafverfahren sich aufdrängenden Eingriffe in die persönliche Freiheit zuwenden.

Kein Freiheitsrecht – die persönliche Freiheit eingeschlossen – kann schrankenlos gewährleistet werden, denn die Freiheit eines jeden endet dort, wo diejenige seines Mitmenschen beginnt. Das in der Eigenart menschlichen Person-Seins wurzelnde Streben nach Originalität, nach einem vorgezeichneten Idealbild und nach Recht auf Eigensein und Individualität, das nicht zuletzt im Grundrecht der persönlichen Freiheit seinen Ausdruck findet, kann sich nur innerhalb gewisser Grenzen entfalten. Diese Entwicklung mitmenschlichen Wesens erfordert nun Verzicht auf eine uneingeschränkte Inanspruchnahme der Grundrechte, sei es dem Staat oder sei es Dritten gegenüber.

Die Voraussetzungen jener zur Verfolgung des Prozesszwecks gebotenen Beschränkungen persönlicher Freiheit lassen sich teils positiv, teils negativ, etwa folgendermassen umschreiben[102]:

- Zulässig sind Beschränkungen, die im öffentlichen Interesse erfolgen und auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen[103].
- Gesetzlich festgehaltene Fälle und Formen der Freiheitsbeschränkungen sind als abschliessende Aufzählungen zu betrachten[104].
- Das Prozessziel muss die Beschränkungen gebieten, d.h. sie müssen notwendig sein.
- Eine Freiheitsbeschränkung darf hinsichtlich des erstrebten Erfolges nicht unverhältnismässig sein.

99 A.a.O., S. 456

100 A.a.O., S. 265

101 Die Ergebnisse einer Narkoanalyse oder eines Lügendetektortests dürfen wohl nur verwendet werden, wenn der Beschuldigte sie spontan, ohne jeden Zwang einreicht (vgl. im einzelnen Walder, Die Vernehmung des Beschuldigten, S. 170 ff.).

102 Vgl. Meyer, a.a.O., S. 57 f.

103 So auch die konstante Rechtsprechung des Bundesgerichts. Vgl. BGE 89 I 99; 83 I 113; 82 I 238; 74 I 142; 50 I 164; 45 I 317; 36 I 410. Vgl. auch Europäische Menschenrechtskonvention Art. 8 Ziff. 2

104 Die These, dass jeder beliebige, auf Gesetz beruhende Eingriff gerechtfertigt sei (einen solch allgemeinen Gesetzesvorbehalt kannte z.B. die Weimarer Verfassung) ist unhaltbar. Einige Urteile des Bundesgerichtes fördern diese abwegige Ansicht jedoch: BGE 82 I 238; 74 I 142; 83 I 113; 89 I 99; 34 I 744; 36 I 410; 45 I 317

– Der Wesenskern der persönlichen Freiheit, die menschliche Würde, ist für jeden Eingriff unzugänglich. Sie darf als absolute Schranke auch im Interesse der materiellen Wahrheit niemals überschritten werden.

3. Wir haben oben versucht, den durch die Verfassung vorgezeichneten Persönlichkeitsschutz im Spannungsverhältnis zwischen dem Ziel des Strafverfahrens und der persönlichen Freiheit darzustellen. Nun gilt es, seine Verwirklichung im Rahmen konkreter Strafprozessbestimmungen zu untersuchen[105]. Dabei muss hervorgehoben werden, dass nicht nur das Grundrecht der persönlichen Freiheit auf die Konkretisierung des Persönlichkeitsschutzes im Strafprozessrecht einwirkt. Der erweiterte Schutz der persönlichen Freiheit darf nämlich nicht dazu verleiten, dieses Grundrecht schlechthin als allgemeines Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit zu betrachten. Gegen eine solche Subsidiarität bezüglich anderer Freiheitsrechte hat sich das Bundesgericht deutlich ausgesprochen[106]. Demzufolge haben wir uns auch solchen, dem Schutze der Persönlichkeitsentfaltung dienenden Strafprozessbestimmungen zuzuwenden, welche keinen Ausfluss aus der persönlichen Freiheit darstellen.

a. Neben Bestimmungen, die gesetzlich vorgesehene Eingriffe in die persönliche Freiheit ermöglichen[107], sieht der Bundesstrafprozess auch in all seinen Verfahrensstadien Bestimmungen zum Schutze dieses Grundrechts vor. Es sind dies Normen, die den klassischen Gehalt der persönlichen Freiheit wiedergeben, also der Garantie eines gesetzlichen Verfahrens im Falle von Freiheitsbeschränkungen dienen. In diesem Zusammenhang sind etwa folgende Verfahrensgrundsätze zu erwähnen:

Der verhaftete Beschuldigte ist gemäss Art. 47 Abs. 1 BStP spätestens am ersten Werktag nach der Zuführung über den Grund der Verhaftung einzuvernehmen. Art. 50 BStP bestimmt, dass der Verhaftete freizulassen ist, sobald kein Grund mehr vorliegt, die Verhaftung aufrecht zu erhalten. Nach Art. 52 BStP ist der Beschuldigte berechtigt, jederzeit ein Haftentlassungsgesuch einzureichen. Ähnliche Schutzbestimmungen sind etwa den Artikeln 73 Abs. 2, 117 und 206 Abs. 3 zu entnehmen.

b. Eine beträchtliche Anzahl von Bestimmungen des Bundesstrafprozesses birgt einen nicht auf die persönliche Freiheit abgestützten Schutz der Persönlichkeitsentfaltung.

So hat der Beschuldigte das Recht, in jeder Lage des Verfahrens einen Verteidiger zu bestellen (Art. 35 Abs. 1 BStP)[108]. Laut Art. 40 Abs. 2 ist dem Beschuldigten bei der ersten Vernehmung mitzuteilen, welcher Tat er beschuldigt wird. Art. 41 Abs. 1 BStP untersagt Zwang, Drohung, Versprechungen, unwahre Angaben und verfängliche Fragen namentlich zur Erwirkung eines Geständnisses[109]. Auch die Artikel 91 Abs. 2, 136, 143 BStP, die Bestimmungen betreffend die Rechtsmittel (Art. 214–238, insbesondere 215 Abs. 2, 216 und 217, und die Artikel 266–278, sowie 310–312) und die Bestimmungen über Rehabilitation und bedingten Strafvollzug (Art. 331–341) bergen gewisse Aspekte des Persönlichkeitsschutzes.

105 Es sollen vorwiegend die Bestimmungen des BStP berücksichtigt werden.
106 BGE 88 I 272
107 Vgl. etwa Art. 44, 45, 46 BStP.
108 Vgl. ferner Art. 36, 37 und 323 Abs. 4 BstP.
109 Ähnlich Art. 85 Abs. 3 und 193 Abs. 1 BStP.

An dieser Stelle ist auch auf das in den Artikeln 75–79 BStP verankerte Zeugnisverweigerungsrecht zu verweisen. Zwar berühren die Ausnahmen von der Zeugnispflicht gewisse Aspekte der persönlichen Freiheit als Garantin der Willens- und Entscheidungsfreiheit. Ausdruck dieses Individualrechts ist das in den Zivilprozessordnungen vorgesehene Zeugnisverweigerungsrecht "zur eigenen Schande". Das Zeugnisverweigerungsrecht des Strafprozesses ist jedoch mehr auf den Verwandtschaftsgrad und auf das Berufsgeheimnis abgestimmt[110]. Es dient also vor allem der Gemeinschaft. Das Zeugnisverweigerungsrecht der Ärzte, Geistlichen, Rechtsanwälte etc., welches im Dienste der öffentlichen Gesundheitspflege steht, bezweckt ganz offensichtlich den Schutz der Allgemeinheit[111].

c. Im Zusammenhang mit dem nicht vom Grundrecht der persönlichen Freiheit geprägten Persönlichkeitsschutz sind auch Bestimmungen des Strafprozesses zu erwähnen, welche Schutz vor ungerechtfertigten Eingriffen in den persönlichen Geheimbereich bieten[112]. An dieser Stelle wären etwa zu beachten Artikel 67 Abs. 3 BStP, welcher Hausdurchsuchungen zur Nachtzeit nur bei dringender Gefahr zulässt und Art. 69 Abs. 1 BStP, der den Untersuchungsbehörden die Durchsuchung von Papieren nur unter grösster Schonung der Privatgeheimnisse gestattet. Das bei einer solchen Untersuchung zu beachtende Prozedere wird in Abs. 2 und 3 von Art. 69 BStP genau umschrieben. Dem Schutze des persönlichen Geheimbereichs dienen ferner die Artikel 66 Abs. 2 und 3, 68 und 70 BStP.

d. Dem Erfordernis eines verstärkten Persönlichkeitsschutzes im Strafprozessrecht trägt die im Jahre 1960 an der Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins gefasste Resolution teilweise Rechnung, heisst es doch dort:

110 Hauser, a.a.O., S. 13

111 Schäublin, a.a.O., S. 172

112 Die dem Untersuchungsrichter im Interesse der Aufdeckung von Delikten zur Verfügung stehenden Zwangsmittel, welche berechtigte Eingriffe in den persönlichen Geheimbereich des Beschuldigten mit sich bringen, sind etwa: die Beschlagnahme von Gegenständen (Art. 65 BStP), die Hausdurchsuchung und die Körpervisitation (Art. 67 BStP), die Durchsuchung von Papieren (Art. 69 BStP), die Konfiskation (Art. 58 StrGB) und die Überwachung des Post-, Telegramm- und Telephonverkehrs. (Art. 66 BStP sieht nur die Überwachung von Postsachen und Telegrammen vor. Mit Walder, Vorlesungsbeilage 17 zur Vorlesung über Bundesstrafprozess, Sommersemester 1965, darf jedoch angenommen werden, dass der Untersuchungsrichter auch zur Anordnung einer Telephonkontrolle berechtigt ist. Vgl. auch später § 16 V Ziff. 2 a.) Das Bundesgericht erkannte in einem grundsätzlichen Entscheid (BGE 79 IV 179 ff.), dass die Postverwaltung verpflichtet sei, ohne eigene materielle Prüfung auch über einen am Strafverfahren unbeteiligten Dritten die PTT-Zensur zu verhängen, wenn sie vom kantonalen Untersuchungsrichter verlangt werde. Dieser Entscheid wurde durch Huber, Das Post-, Telegraphen- und Telephongeheimnis, S. 169 eingehend kritisiert. Die durch das Bundesgericht gebilligte Zensur gegenüber Dritten tastet nach Huber den Wesensgehalt des durch Art. 36 Abs. 4 BV verankerten Grundrechts des PTT-Geheimnisses an. Der Autor spricht sich grundsätzlich für ein Verbot solcher Zensurierungen aus, weist aber auf die Notwendigkeit der Durchbrechung dieses Verbots durch allgemeine Regeln hin. M. E. muss gerade eine Telephonüberwachung sich auch auf Gespräche erstrecken können, die eine an der strafbaren Handlung unbeteiligte Person mit dem Beschuldigten führt. Wenn der Ansicht Schaumanns, a.a.O., S. 133 und 141 Nachachtung verschafft würde, wonach Überwachungsmassnahmen gegen Dritte grundsätzlich unzulässig sein sollten, so wird eine zweckmässige Telephonüberwachung überhaupt illusorisch. (Dasselbe muss auch gelten für den Post- und Telegrammverkehr, sowie jede Überwachung der Beziehungen des Verdächtigen zu Dritten.)

"Die Versammlung ist sich indes bewusst, dass angesichts der Gefährdung der Persönlichkeit in der heutigen technischen Zivilisation und Massengesellschaft . . . der Schutz durch das Polizeirecht und das Verfahrensrecht der Intensivierung und des Ausbaues bedarf"[113].

Damit dem persönlichen Geheimbereich im Strafverfahren ein zureichender Schutz garantiert werden kann, sollte jede Strafprozessordnung die Voraussetzungen für folgende strafprozessuale Zwangsmittel genau regeln[114]:

- die Durchsuchung der Person,
- die Durchsuchung von Papieren (Versiegelung), z.B. von Tagebüchern,
- ärztliche Untersuchungen, psychologische und physiologische Teste,
- das Betreten und Durchsuchen von Gebäuden und anderm Besitz,
- die Kontrolle von Postsendungen und Telegrammen,
- das Abhören von Telephongesprächen,
- die Verwendung von Abhör- und Aufnahmegeräten verschiedenster Art,
- die Beschattung (Filature).

III. Der privatrechtliche Schutz

1. Wenn es nun zu prüfen gilt, inwieweit das Privatrecht einen Schutz des persönlichen Geheimbereichs bewirkt, so muss vor allem der durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht (aPR) verwirklichte Persönlichkeitsschutz erläutert werden[115].

2. Das aPR bezweckt einen umfassenden Schutz der Persönlichkeit. Es ist das "Quellenrecht, aus dem die einzelnen konkreten Persönlichkeitsrechte abzuleiten sind und auf das in Ermangelung eines bereits konkretisierten Persönlichkeitsrechts zur Entwicklung eines neuen stets zurückgegriffen werden kann"[116]. Es ist also nicht nur die Summe aller bekannten Persönlichkeitsrechte, sondern es erfasst zudem auch solche nicht in besondere Persönlichkeitsrechte gekleidete Erscheinungsformen der menschlichen Person[117] und entfaltet somit eine vollkommen selbständige Bedeutung.

113 Abgedruckt in ZSR 79 (1960) 2. Halbband, S. 661 a

114 Vgl. Bulletin der Internationalen Juristenkommission Nr. 31, 1967, S. 3

115 Der Gedanke des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes bleibt nicht auf das aPR beschränkt, sondern spiegelt sich in mehreren Gesetzesbestimmungen des Privatrechts. Solche Normen – sie stellen Anwendungsfälle des aPR dar – sind etwa: ZGB Art. 29/30, 91 Abs. 2, 277 Abs. 2, 278, 283–285, 319 Abs. 3, 679–684, 928 und OR Art. 357 und 956, sowie vor allem OR 41 ff. (insbes. OR Art. 49 und 52 Abs. 3). Zu den durch Art. 28 ZGB in Verbindung mit Art. 49 OR gewährten Schutzmöglichkeiten gegen Verletzungen des persönlichen Geheimbereichs vgl. BGE 44 II 319.
Unter zivilprozessrechtlichen Gesichtspunkten sind etwa zu erwähnen die durch die kantonalen Zivilprozessordnungen vorgesehenen summarischen Verfahren, welche der sofortigen Abwehr von unerlaubten Eingriffen in den persönlichen Geheimbereich dienen.

116 Müller, a.a.O., S. 35

117 Vgl. Müller, a.a.O., S. 35

3. Während sich ein aPR im ausländischen Recht nur langsam durchzusetzen vermag[118], fand es in Art. 28 ZGB seine gesetzliche Verankerung[119]. Die knappe Umschreibung der durch diesen Artikel geschützten Persönlichkeitsbereiche überlässt dem Richter die Konkretisierung der "persönlichen Verhältnisse" im Sinne einer Generalklausel. Dabei ist dem Richter die Profilierung der schützenswerten Persönlichkeitsbereiche von der Funktion des aPR her vorgezeichnet[120]. Die Funktion des aPR besteht ja darin, dass es einen fundamentalen Rechtswert, auf den die ganze Privatrechtsordnung ausgerichtet ist[121], den Schutz der Person nämlich, zum Ausdruck bringt.

4. Versuche einer Umschreibung des aPR finden sich im Schrifttum sehr häufig[122]. Auf Grund der engen Beziehung dieses Rechts zum Wesen des Menschen – einer begrifflich nicht zu erfassenden Gegebenheit – ist es jedoch unmöglich, seinen Inhalt allgemeingültig und verbindlich festzulegen. Daher ist der in der Generalklausel von ZGB 28 zum Ausdruck gebrachte Persönlichkeitsgedanke keine verfügbare Grösse, sondern wird dem Recht stets Aufgabe sein. Zutreffend ist m. E. somit die Charakterisierung von ZGB 28 als "richtungsweisende Generalklausel"[123].

5. In dieser *programmatischen* Fassung eignet sich nun diese Generalklausel nur wenig zur Realisierung eines Schutzes gegen Verletzungen des persönlichen Geheimbereichs mittels TBA. Die Tatsache, dass dem richterlichen Ermessen bei der Festlegung des Inhaltes und der Schranken des durch das ZGB vorgesehenen Persönlichkeitsgutes ein weiter Raum offensteht, lässt gerade im Hinblick auf die Verwendung solcher Geräte eine grosse Rechtsunsicherheit aufkommen. Bis sich nämlich zu all den verschiedenen mit der Anwendung dieser Geräte verbundenen Handlungsweisen auf Grund der konkretisierungsbedürftigen Generalklausel von ZGB 28 eine einheitliche Praxis ergäbe, dürften Jahre vergehen. Besonderer Ausdruck einer sich bereits anbahnenden Rechtsunsicherheit ist m. E. die im Herbst 1968 im Nationalrat eingereichte Motion Broger, die den Bundesrat beauftragt, "im Hinblick auf die Auswüchse einer immer hemmungsloseren Ausbeutung der Sensationslust", unbeschadet der Revision von Art. 179bis StrGB, eine Revision von Art. 28 ZGB in die Wege zu leiten.

118 Seit dem Jahre 1954 anerkennt der Dt. Bundesgerichtshof (BGHZ 13, 388) ein aPR für das Privatrecht und bezeichnet es als "sonstiges Recht" im Sinne von § 823 I BGB. Es beruft sich dabei auf Art. 1 und 2 GG. Auch mehrere deutsche Autoren sind der Ansicht, das aPR basiere auf dem GG. So sind nach Nipperdey (Freie Entfaltung der Persönlichkeit, S. 832) die Würde und das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit integrierende Bestandteile eines aPR. Die französische Rechtsprechung hat auf Grund des weit gefassten Artikels 1382 des Code Civil von 1804 einen dem aPR entsprechenden Persönlichkeitsschutz entwickelt.

119 Seit der Schaffung des ZGB wurde in der Schweizerischen Privatrechtslehre das aPR anerkannt und unbestritten als subjektives Recht betrachtet. Der Klassifizierung als subjektives Recht tritt vor allem Müller, a.a.O., S. 33 ff. entgegen.

120 Vgl. die Erörterungen betreffend die mannigfaltigen Konkretisierungen der "persönlichen Verhältnisse" in der Praxis bei Hinderling, a.a.O., S. 10 ff.

121 Zu beachten ist also, dass jede Enumeration einzelner aus dem aPR fliessender Persönlichkeitsrechte niemals erschöpfend sein kann und Stückwerk bleibt (vgl. Nipperdey, Die Würde des Menschen, S. 46).

122 Vgl. die Literaturnachweise bei Müller, a.a.O., S. 27

123 Müller, a.a.O., S. 47

6. Der privatrechtliche Schutz von ZGB 28 ist wenig geeignet, Verletzungen des persönlichen Geheimbereichs durch TBA zu begegnen. Das zeigt eine Besinnung auf das Wesen des Privatrechts überhaupt.

Das Privatrecht mit all seinen Rechtsbehelfen dient nämlich der Schlichtung von Interessenskollisionen unter Privaten. Wo es aber gilt, kriminelle Verhaltensweisen im zwischenmenschlichen Zusammenleben, also besonders schwere Störungen des Persönlichkeitsbereichs zu ahnden, ist der privatrechtliche Schutz ungenügend und käme oft zu spät.

IV. Der öffentlichrechtliche Schutz

1. Nachdem wir festgestellt haben, dass sowohl das Strafrecht als auch das Privatrecht nur partiellen Schutz gegen Verletzungen des persönlichen Geheimbereichs gewähren, muss die Frage aufgeworfen werden, ob etwa durch den Grundrechtsschutz der Verfassung eine umfassende Garantie erwirkt werde. Wenn wir uns im folgenden auf das Wesen der Grundrechte besinnen, ergibt sich eine verneinende Antwort.

2. Die Grundrechte stellen Ordnungsnormen dar, welche ihre Wirksamkeit im gesamten Staats- und Rechtsleben entfalten [124]. Als solche beeinflussen sie sämtliche Bereiche des Rechts. Daher erfahren sowohl die privatrechtlichen als auch die strafrechtlichen Bestimmungen, welche den Persönlichkeitsschutz verwirklichen, eine Angleichung an den Gehalt der Grundrechte[125] und sind im Sinne dieser Ordnungsprinzipien zu interpretieren. Besonders die Verwirklichung des Postulates der Drittwirkung von Grundrechten[126] trägt dazu bei, nicht nur das Verhältnis des Bürgers zum Staat, sondern auch jenes der Rechtsgenossen unter sich von der Verfassung her als einer gemeinsamen Wertordnung normativ zu beeinflussen.

3. Wohl erfahren Zivil- und Strafrecht von der Verfassung her Impulse. Gerade die Grundrechte stellen aber konkretisierungsbedürftige Rechtsgrundsätze dar. Da sie eine programmatische und wertausfüllungsbedürftige verfassungsrechtliche Grundentscheidung[127] für alle Bereiche des Rechts darstellen, eignen sie sich nicht für eine unmittelbare Verwirklichung des Persönlichkeitsschutzes. Auch würde die Anwendung von Grundrechten auf Bagatellfälle zu einer Abschwächung, Abwertung und uferlosen Ausdehnung des Grundrechtsgedankens führen[128]. Aus diesen Gründen muss die Wirksamkeit des Grundrechtsschutzes in den Fällen der Verletzung des persönlichen Geheimbereichs durch TBA in Abrede gestellt werden.

124 Vgl. Nipperdey, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, S. 771 f. und Müller, a.a.O., S. 106

125 Vgl. Huber, Bedeutung der Grundrechte, S. 206

126 Es bricht mit der Vorstellung, dass die Grundrechte als politische Essentialia einer freiheitlich orientierten Verfassung dem einzelnen einen sog. status negativus, ein Recht auf staatsfreie Sphäre gewähren. Vielmehr sollen sie, die der Konkretisierung der Menschenwürde dienen, auch im horizontalen Verhältnis zwischen den Bürgern gelten (vgl. Nipperdey, Die Würde des Menschen, S. 19 und 37; Hamann, a.a.O., S. 71; Giacometti, Staatsrecht der Kantone, S. 18; Huber, Bedeutung der Grundrechte, S. 190 und 196)

127 BVerfGE Bd 7 (1958), S. 198 ff.

128 Müller, a.a.O., S. 83

V. Schlussbetrachtungen und Ausblick

1. a. Wir haben festgestellt, dass weder Verfassungs-, noch Privat- oder Strafrecht einen umfassenden, lückenlosen Schutz des persönlichen Geheimbereichs gewähren.

b. Keines der drei Rechtsgebiete weist Bestimmungen auf, die speziell auf die Verletzungsmöglichkeiten zugeschnitten sind, welchen der persönliche Geheimbereich der Menschen durch die Verwendung von TBA ausgesetzt ist.

2. Die Frage, ob mittels eines der drei Normenkomplexe allein ein lückenloser Schutz des persönlichen Geheimbereichs überhaupt möglich wäre, muss aus folgenden Gründen verneint werden:

Der *Persönlichkeitsschutz* – die Garantie der Unverletzlichkeit des persönlichen Geheimbereichs stellt einen integrierenden Bestandteil des Persönlichkeitsschutzes dar – *ist der gesamten Rechtsordnung aufgegeben.* Jedes Rechtsgebiet übernimmt nun im Zuge der Verwirklichung des Persönlichkeitsschutzes eine seinem Wesensgehalt entsprechende Funktion[129]. Während vom ungeschriebenen und geschriebenen Verfassungsrecht als oberster normativer Wertordnung Impulse für die gesamte Rechtsordnung ausgehen, dienen Privat- und Strafrecht der Schlichtung von Interessenskollisionen resp. der Verfolgung strafwürdigen Verhaltens im Interesse der Allgemeinheit. Wenn also bezüglich des Persönlichkeitsschutzes jedem Rechtsgebiet eine von den andern in gewissem Sinne unabhängige, spezifische Aufgabe zukommt, so darf nicht übersehen werden, dass gerade der allen Rechtsgebieten obliegende Persönlichkeitsschutz deren starke Verquickung mit sich bringt. Auch in der vom Schweizerischen Juristentag 1960 gefassten Resolution[130] kommt dieser von der gesamten Rechtsordnung zu realisierende Persönlichkeitsschutz zum Ausdruck.

3. Im Lichte des so verstandenen, stets zu ergänzenden und in Entwicklung begriffenen Persönlichkeitsschutzes ist nun auch das BG betr. VpG zu sehen. Es dient nebst der begrifflichen Erfassung des persönlichen Geheimbereichs vor allem auch der neuen Überdenkung des Persönlichkeitsschutzes, zu dessen Vervollkommnung es einen wertvollen Beitrag leistet.

§ 4 Exkurs

Im Anschluss an die Ausführungen unter § 3 II–V soll hier im Überblick das Verhältnis des strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (insbes. des durch das BG betr. VpG gewährten Schutzes) zu dem des öffentlichen und privaten Rechts anhand einiger Abgrenzungskriterien umrissen werden.

129 Über das gegenseitige Verhältnis der Rechtsgebiete untereinander vgl. § 4

130 Sie verweist nämlich nicht nur auf das Bedürfnis nach Verstärkung des Persönlichkeitsschutzes mit den Mitteln des Privatrechts, sondern bringt überdies zum Ausdruck, dass auch der Schutz durch die Grundrechte der Verfassung eine stark erhöhte Bedeutung erlangt und dass der polizei- und verfahrensrechtliche Schutz auszubauen ist.

I. Das Verhältnis von strafrechtlichem und öffentlichrechtlichem Schutz des persönlichen Geheimbereichs

1. Die Grundrechte wirken, wie bereits erwähnt, als fundamentale Ordnungsprinzipien auch auf das Strafrecht ein. Wohl sind die Voraussetzungen der Strafbarkeit auf Grund des Legalitätsprinzips tatbeständlich genau umrissen. Die gesetzlichen Tatbestände sprechen aber nicht immer aus sich selbst. Vor allem dort, wo Normen das Verhältnis unter Rechtsgenossen regeln, wie dies im BG betr. VpG der Fall ist, muss die Interessensabwägung, die einer strafrechtlichen Würdigung des zur Diskussion stehenden Verhaltens zugrundeliegt, im Lichte der Grundrechte vorgenommen werden[131]. In concreto will das heissen, dass die Feststellung, ob der Geheim- oder der Privatbereich einer Person verletzt sei, weitgehend von Überlegungen bestimmt sein muss, die sich an grundrechtlichen Leitgedanken (namentlich demjenigen der Unverletzlichkeit menschlicher Würde) orientieren.

2. Der Einfluss, den der Grundrechtsgehalt der Verfassung auf das Strafrecht ausübt, bleibt jedoch stets grundsätzlicher, wegleitender Natur. Gerade weil der Grundrechtsschutz programmartig ist, vermag er den strafrechtlichen Schutz, der mit seinen fest umrissenen, auf einzelne Modalitäten der Persönlichkeitsverletzung zugeschnittenen Tatbeständen die von den Grundrechten vorgegebenen Grundsätze konkretisiert, niemals zu ersetzen.[132]

II. Das Verhältnis von strafrechtlichem und privatrechtlichem Schutz des persönlichen Geheimbereichs

1. Weil das aPR keine begrifflich abschliessend durchdachte und verfügbare Grösse darstellt, ist der privatrechtliche Schutz auf Grund der generalklauselartigen Fassung von Art. 28 ZGB in ständiger Rechtsfortbildung begriffen. Das Strafrecht jedoch bietet leicht praktikable, genau umschriebene Tatbestände und setzt einer aggressiven Technik konkrete Schranken[133].

131 Vgl. Huber, Bedeutung der Grundrechte, S. 207

132 Die Meinung von Süss, a.a.O., S. 207, die Grundprinzipien, wie sie beispielsweise durch GG Art. 1 und 2 festgehalten sind, seien der modernen Dynamik des Lebens gewachsen, trifft m. E. nicht zu. Man kann wohl, wie Süss richtig bemerkt, nicht für jede einzelne, eine Person in ihrer Entfaltung gefährdende technische Erfindung eine Novelle schaffen, es ist jedoch durchaus möglich, gesetzliche Tatbestände so zu gestalten, dass mit ihnen der grösste Teil gewisser technischer Errungenschaften erfasst werden kann. Dabei muss gar nicht ins Generalklauselartige ausgewichen werden. Wenn beispielsweise das BG betr. VpG von "Aufnahme- und Abhörgeräten, Bild- und Tonträgern" spricht, so werden durch diese Ausdrucksweise ganz bestimmte Kategorien technischer Geräte erfasst. Es bedarf also nicht jede entsprechende Erfindung einer ausdrücklichen Erwähnung.

133 Auf Grund des Legalitätsprinzips sind die durch das BG betr. VpG vorgesehenen Verletzungsmodalitäten als abschliessend zu betrachten. Es besteht beispielsweise keine Handhabe zur Bestrafung desjenigen, der jemanden in einer den persönlichen Geheimbereich verletzenden Art modelliert (etwa in einer verulkenden Stellung, mit einer lächerlichen Mimik etc). Es müsste allenfalls geprüft werden, ob der Tatbestand der Beschimpfung gemäss Art. 177 StrGB erfüllt wäre. Ein solches Tun dürfte jedoch eine Verletzung der "persönlichen Verhältnisse" gemäss Art. 28 ZGB darstellen.

2. Wohl ist das durch Art. 179 bis ff. StrGB geschützte Rechtsgut auch Gegenstand des aPR[134]. Das Strafrecht bietet aber viel eher Gewähr, dass der Täter sein Tun unterlässt. Dies hat seinen Grund vor allem darin, dass die Strafe allgemein als unangenehmer und einschneidender empfunden wird, als jene durch Art. 28 ZGB in Verbindung mit Art. 49 OR gewährte privatrechtliche Sühne in Form von geldwerten Leistungen. Anderseits setzt der durch Art. 179sexies StrGB vorgesehene strafrechtliche Schutz schon sehr früh ein, stellt er doch (von Amtes wegen) das Inverkehrbringen und Anpreisen von TBA (also auch sämtliche Vorbereitungshandlungen) unter Strafe, ohne dass es bereits zu einer Verletzung des persönlichen Geheimbereichs gekommen sein muss. Ferner kann mit der in Art. 58 StrGB vorgesehenen Konfiskationsmöglichkeit weiteren strafbaren Handlungen präventiv entgegengewirkt werden. Demgegenüber bietet die durch das Privatrecht vorgesehene Unterlassungsklage weit weniger wirksamen Schutz, verwirklicht doch das vom Zivilrichter verfügte Unterlassungsgebot nur einen mittelbaren Schutz gegen Übergriffe auf den persönlichen Geheimbereich, weil es lediglich die Androhung einer Ungehorsamsfolge[135] bedeutet.

3. Während das Privatrecht dem Geschädigten einen geldwerten Ausgleich des erlittenen Schadens gibt, sorgt das Strafrecht dafür, dass der Täter das entstandene Unrecht entgelten muss und dass er durch die Einbusse seiner Freiheit oder seines Vermögens von weitern Delikten abgehalten wird.

4. Straf- und privatrechtlicher Persönlichkeitsschutz bestehen nebeneinander. Man kann zwar nicht von einer eigentlichen Subsidiarität eines der beiden Normenkomplexe sprechen[136]. Es ist jedoch festzuhalten, dass in gewissen Fällen der strafrechtliche Schutz nicht Platz greifen soll, solange eine zivilrechtliche Norm herangezogen werden kann. (So nennt das Strafrecht z.B. keine fahrlässige Sachbeschädigung; der durch das Zivilrecht gebotene Rechtsschutz genügt durchaus.)

5. Schliesslich ist es wohl leichter, eine Strafverfolgung in die Wege zu leiten, als einen Zivilprozess anzustrengen. Die Kostspieligkeit und die Dauer der Zivilprozesse sind der Grund für einen gewissen "Abtausch" von Zivilprozessen gegen strafrechtliche Verfolgungen von Persönlichkeitsverletzungen[137]. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass qualitativ ein durchaus gleichwertiges Nebeneinander von zivil- und strafrechtlichem Persönlichkeitsschutz besteht, da der Persönlichkeitsschutz ja als eine von der gesamten Rechtsordnung zu verwirklichende Aufgabe betrachtet werden muss.

134 In diesem Sinne ist Coing, Die heimliche Tonbandaufnahme als Rechtsproblem, S. 36 durchaus beizupflichten, wenn er mit Nachdruck darauf hinweist, dass die heimliche Tonbandaufnahme unter privatrechtlichen Gesichtspunkten eine Verletzung des aPR darstellt.

135 Vgl. Jäggi, a.a.O., S. 178 a ff.

136 Vgl. oben § 3 V
Wenn das Strafrecht bereits das keimende Leben schützt und den Menschen nach Beginn der Geburt als gegen Tötung geschützte Person betrachtet, so heisst dies m. E. nicht, dass der strafrechtliche Schutz materiell tiefgreifender ist als der privatrechtliche. Der durch das Strafrecht gebotene Persönlichkeitsschutz setzt lediglich früher ein. (In diesem Sinne ist wohl Schultz, Zivilrechtlicher Schutz der Persönlichkeit, S. 95 Anm. 4 zu verstehen, wenn er erwähnt, dass der strafrechtliche Schutz "weiter reicht als der zivilrechtliche".) Übrigens kennt auch das Privatrecht, das die Persönlichkeit mit dem Leben nach vollendeter Geburt entstehen lässt, unter gewissen Bedingungen den Schutz des Nasciturus (Art. 31 Abs. 2 und Art. 544 Abs. 1 ZGB).

137 Vgl. Huber, Persönlichkeitsschutz im Verwaltungsrecht, S. 87

2. KAPITEL

Technische Aspekte der TBA

Die sachgerechte Beurteilung der durch die Artikel 179 bis ff. StrGB erfassten strafbaren Verhaltensweisen erfordert gewisse Kenntnisse der im BG betr. VpG erwähnten technischen Geräte, deren Gebrauch den persönlichen Geheimbereich verletzen kann. Der Systematik des Gesetzes folgend, — es nennt Abhörgeräte, Tonträger, Aufnahmegeräte und Bildträger —, wollen wir deshalb umrisshaft auf die Funktionsweise dieser Geräte hinweisen. Wir hoffen, damit dem Verständnis der technisch orientierten Gesetzesmaterie dienen und Verletzungsmöglichkeiten des persönlichen Geheimbereichs durch die moderne Technik veranschaulichen zu können[1].

Es kann und soll im Rahmen dieser Arbeit kein umfassendes Urteil über die technischen Realisierungsmöglichkeiten der in der Folge beschriebenen Minispionanlagen abgegeben werden[2] Die Ausgestaltung und Qualitätsleistung solcher Geräte wird im Einzelfall stets sowohl von den fachtechnischen Kenntnissen des Herstellers als auch von den zu Verfügung stehenden finanziellen Mitteln abhängig sein. Werden diese beiden Komponenten entsprechend genutzt, ist es wohl möglich, zahlreiche Geräte und Anlagen der hier aufzuzeigenden Art herzustellen und im Zuge des technischen Fortschrittes noch zu perfektionieren[3].

§ 5 Zum Abhören eines Gespräches verwendbare Abhörgeräte

I. Der Begriff des Abhörgerätes

1. Abhörgeräte sind technische Einrichtungen, die geeignet sind, das gesprochene Wort über eine kleinere oder grössere Distanz zu übertragen[4].

1 Die hier folgenden technischen Daten basieren auf Botschaft, S. 7 ff.; Caroll, a.a.O., S. 209 ff.; Günther, a.a.O., S. 100 und 115; Handbuch für Hochfrequenz- und Elektro-Techniker, Band I, S. 443 ff.; Band II, S. 551; Kröger, a.a.O., S. 446 ff.; Lang, a.a.O., S. 10 ff.; Meier-Gruber, Jameson, Zimmer, a.a.O., S. 168; Auskünften der Generaldirektion PTT (Radio- und Fernseh-Abteilung und Dokumentation des Rechtsdienstes), sowie einschlägigen Zeitungsberichterstattungen aus den Jahren 1966—1970.

2 Um gewisse Geräte scheint sich ein richtiger Sagenschatz zu bilden (vgl. die kritischen Bemerkungen bezüglich Maschinengewehr- und Richtmikrophon bei Packard, a.a.O., S. 40).

3 Bei den heute teilweise zu erschwinglichen Preisen von Fr. 80.— bis 150.— angebotenen Minispionen dürfte es sich in der Regel noch kaum um leistungsfähige Apparate handeln. Da sich die Verhältnisse aber leicht ändern können, scheint Wachsamkeit am Platze zu sein.

4 M.E. ist es nicht begriffsnotwendig, dass es sich bei dem zu übermittelnden Gespräch um ein solches handelt, das mit blossem Ohr von der belauschenden Person nicht hörbar ist. Es kann für den Abhörer eines ohne weiteres hörbaren Gespräches je nach der Sachlage von Vorteil sein, wenn er sich trotzdem eines technischen Hilfsmittels bedient (möglicherweise lässt sich dadurch die Gefahr reduzieren, ertappt zu werden). Geräte, die ein solches Gespräch übertragen oder beispielsweise verstärken, besser verständlich machen, sind ebenfalls als Abhörgeräte zu bezeichnen. Aus diesen Überlegungen heraus muss die Definition Roesslers, a.a.O., S. 6 als zu eng betrachtet werden. Sie bezeichnet nämlich als Abhörgerät jene technische Einrichtung, die "geeignet und im konkreten Fall auch bestimmt ist, die mit blossem Ohr nicht hörbaren Äusserungen anderer zu belauschen".

2. Als Abhörgerät ist nicht nur die Quelle, aus der ein abgehörtes Gespräch ertönt (z.B. ein Lautsprecher) zu betrachten, sondern die Summe aller Elemente, die eine Gesprächsübertragung ermöglichen, also die ganze *Anlage.*

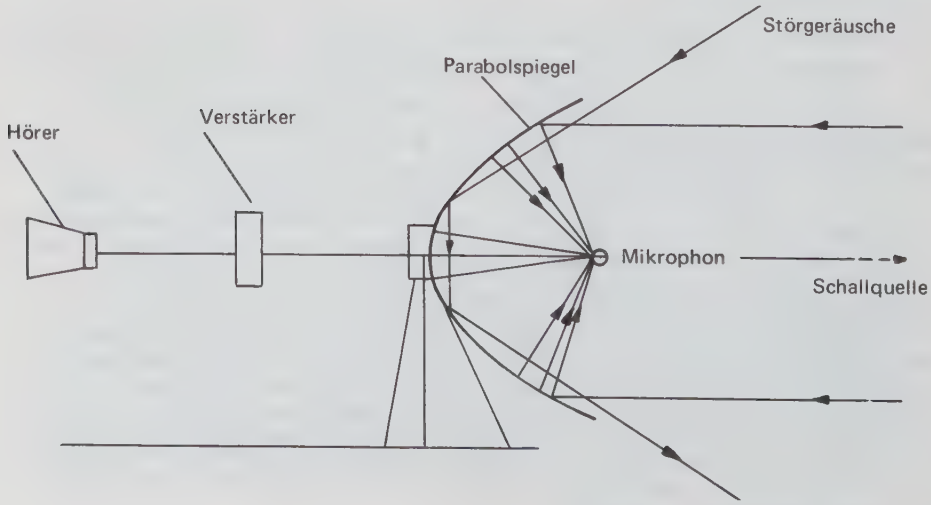
3. Man unterscheidet drei grundsätzlich mögliche Abhörsysteme. Sie sollen in der Folge erörtert (II, III, IV) und die darauf basierenden Abhörgeräte beschrieben werden.

II. · *Akustische Abhörmethoden*

1. Die konventionellste Form des Abhörens ist die Verwendung von Richtmikrophonen. Der Einsatz solcher Geräte erlaubt es, Gespräche aus Entfernungen bis zu 100 m über einen freien Raum abzuhören. Es stehen heute zwei elektronische Richtmikrophone zur Verfügung:

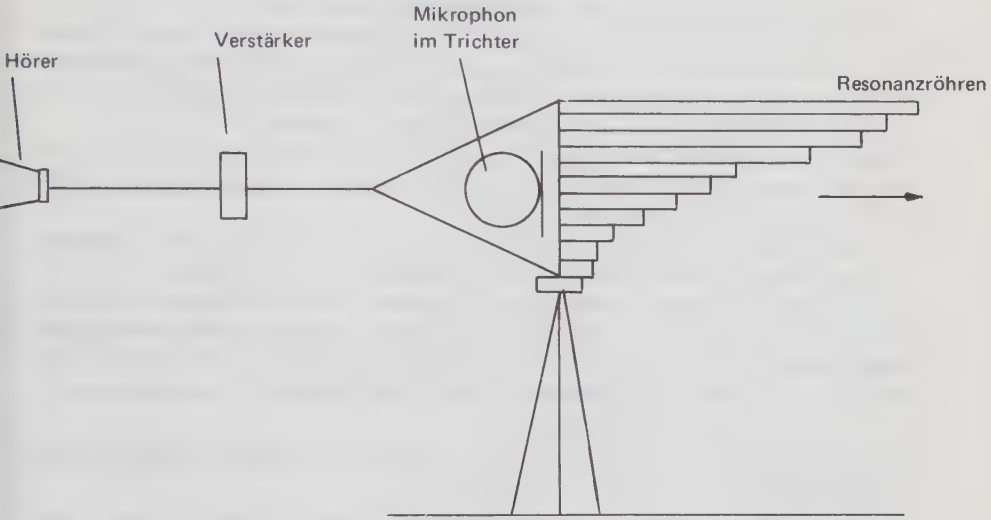
a. Das Parabol-Richtmikrophon

Ein hochwertiges Mikrophon, das den Schall vorwiegend aus nur einer Richtung aufnimmt (Richtcharakteristik), wird mit seiner empfindlichsten Stelle im Brennpunkt eines Parabolspiegels angebracht. Der Parabolspiegel wird mit seiner Öffnung auf die Schallquelle ausgerichtet und spiegelt durch seine Krümmung den eintretenden Schall auf das Mikrophon. Diese Spiegeleigenschaft schaltet Störgeräusche zwar nicht vollständig aus, unterdrückt sie aber weitgehend. Ein dem Mikrophon nachgeschalteter Verstärker mit guter Übertragungsqualität macht aus dem Parabol-Richtmikrophon ein hochwertiges elektronisches Ohr.



b. Das Resonanzröhren-Richtmikrophon

Es besteht aus einem Bündel verschieden langer Röhren, deren Innendurchmesser etwa 10 mm beträgt. Am Ende dieses Resonanzröhrenbündels befindet sich in einem Trichter ein Mikrophon. Jene Schallwellen, welche durch die vordern Öffnungen eindringen, werden von den Resonanzröhren entsprechend ihrer Frequenzzugehörigkeit (ähnlich den Orgelpfeifen) akustisch verstärkt und dem Mikrophon zugeführt. Für den nachgeschalteten Verstärker sind die gleichen Gesichtspunkte zu berücksichtigen wie beim Parabol-Richtmikrophon.



2. Der Einsatz von Richtmikrophonen wird des umfangreichen technischen Instrumentariums wegen kaum in unauffälliger Weise erfolgen können. Unauffälliger sind hingegen die drahtgebundenen und drahtlosen Abhöranlagen.

III. Drahtgebundene Abhöranlagen

A. Das System

1. Geräte dieses Abhörsystems benötigen zur Tonübertragung ein Kabel. Die einfachste Anordnung der Bauelemente erfordert ein Kohlemikrophon, eine Stromquelle, zwei entsprechend lange Drähte und einen Kopfhörer. Diese Urform der Abhörgeräte beruht auf folgender Anordnung der Bauelemente, die im einzelnen von der Technik stets verfeinert werden:

Im Raum, aus dem Gespräche übertragen werden sollen, wird ein Mikrophon installiert. Zwischen diesem und dem Empfangsgerät sind eine Leitung und ein Verstärker angebracht. Als Empfangsgerät dient ein Kopfhörer oder ein Lautsprecher.

Die Gespräche können aber auch auf einen Tonträger[5] aufgenommen werden.

Drahtgebundene Abhöranlagen haben vor allem den Vorteil, dass bei ihrer Verwendung keine Hochfrequenzemission feststellbar wird. Nachteilig kann sich jedoch die Notwendigkeit von mehr oder weniger leicht zu eruierenden Leitungen auswirken (vgl. Abbildung S. 35).

B. Typen drahtgebundener Abhörgeräte[6]

1. Bekannt sind vor allem das *Medetron* und das sog. *Nagelmikrophon.*

Das Medetron beruht auf dem Prinzip des Stethoskops. Am Kopf des Gerätes sitzt ein winziges Körperschallmikrophon mit dazugehörendem Verstärker. Das an Türen, Decken, Fenster oder Wände gepresste elektronische Gerät setzt die Schallvibrationen in akustische Signale – Sprache – um. Über einen Ohrhörer können die im überwachten Raum geführten Gespräche abgehört werden.

Das Nagelmikrophon besteht aus einem in die Wand des zu überwachenden Raumes getriebenen Nagel, an dessen Kopf ein Mikrophon mit dazugehörendem Verstärker sitzt, der Kopfhöreranschlüsse aufweist.

Sowohl Nagelmikrophon als auch Medetron können mit irgendeinem Tonträger gekoppelt werden, der ein Festhalten der abgehörten Gespräche erlaubt.

Diese beiden Geräte haben den Vorteil, dass deren Mikrophone nicht im abzuhörenden Raum selbst installiert werden müssen, sondern ausserhalb desselben an den Wänden angebracht, dem Horcher an der Wand beste Dienste leisten. Die Verstärkeranlage muss sich aber in unmittelbarer Nähe des abzuhörenden Raumes befinden, was Nachteile mit sich bringen kann.

2. In diesem Zusammenhang ist auch das Abhören von Telephongesprächen mittels drahtgebundener Abhöranlagen zu erwähnen.

a. Ein Kopfhörer oder ein Tonaufnahmegerät können mit zwei Klammern direkt an das zu überwachende Telephonleitungspaar angeschlossen werden.

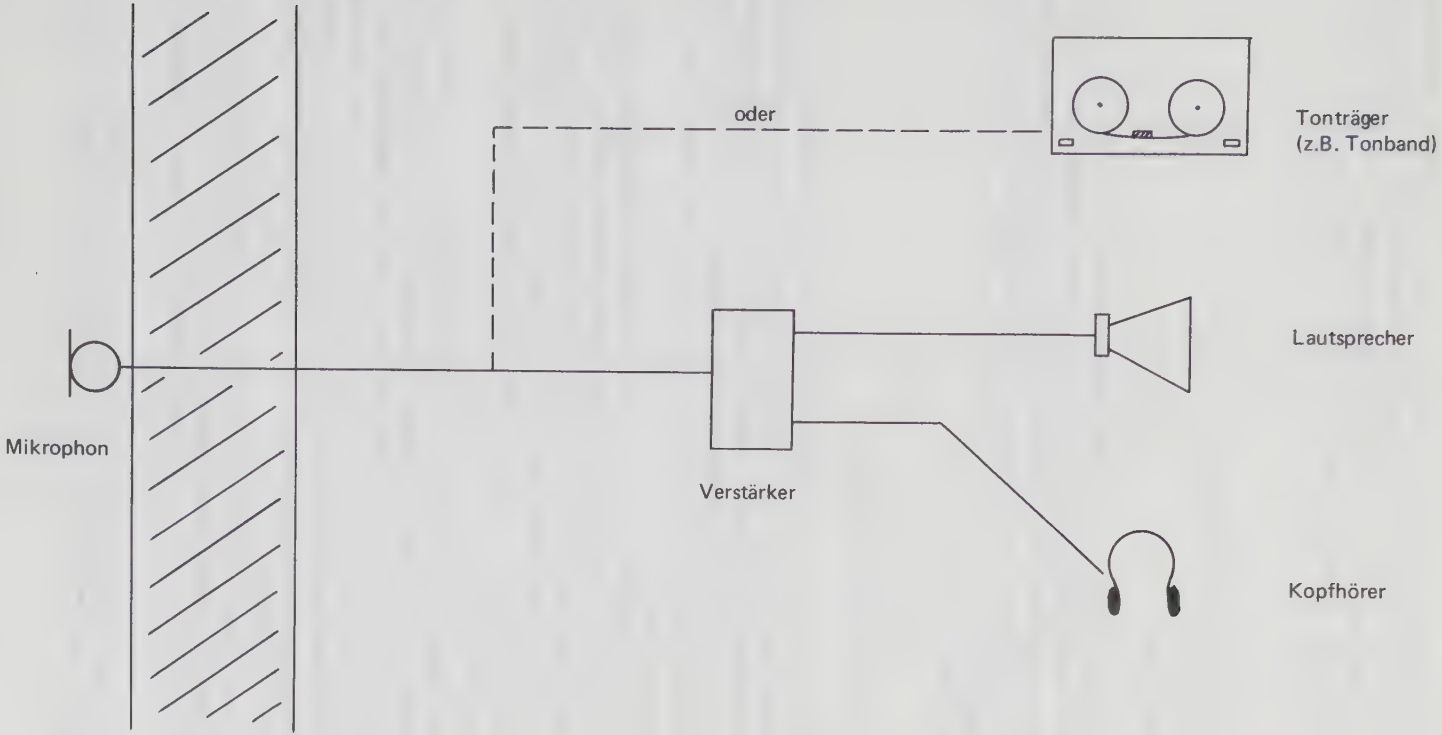
b. Ist der Abhörende in der Lage, die betreffende Leitung ausfindig zu machen, kann ein Abhörgerät auch in einem Verteilerkasten untergebracht werden.

c. Der Schall, der durch das als Abhörgerät eingesetzte Telephonmikrophon aufgefangen wird, kann mit einer zweidrähtigen Leitung durch Überbrückung des Gabelkontaktes nach aussen gekabelt werden.

3. Es ist auch möglich, einen Sender in Radio- oder Fernsehgeräte einzubauen, deren Lautsprecher als Schallaufnehmer verwendet werden. Die Sendeenergie, auf geeignete Weise durch den Schall beeinflusst, wird auf die Netzleitung gekoppelt. Durch diese erfolgt dann die Übertragung der im belauschten Raum geführten Gespräche. Im Umkreis von einigen hundert Metern können nun durch einen geeigneten Empfänger unter Ausnutzung der Steckdose als Antenne, Gespräche mitgehört oder auf einen Tonträger aufgenommen werden. (Diese Apparatur funktioniert allerdings nur, wenn das den Sender enthaltende Radio- oder Fernsehgerät nicht als Empfänger eingeschaltet ist.)

5 Vgl. später § 6.

6 Die hier erfolgende Aufzählung von Geräten bleibt selbstverständlich beispielhaft.


oder
Tonträger
(z.B. Tonband)
Lautsprecher
Mikrophon
Verstärker
Kopfhörer

4. Unter dem Namen "Diplomatenkoffer" ist folgende Erfindung bekannt geworden: Im Griff einer mitgeführten Aktentasche oder eines Koffers wird ein Mikrophon angebracht. Im Innern der Tasche hält ein transistorisiertes und batteriegespeistes Tonbandgerät von äusserst geringem Umfang die Gespräche fest.

IV. Drahtlose Abhöranlagen

A. Das System

1. Zur Tonübertragung mittels dieses Abhörsystems ist kein Kabel erforderlich. Ein mit einem batteriebetriebenen Miniatursender zusammengebautes Mikrophon fängt die Schwingungen der Schallwellen auf. Diese modulieren hochfrequente Schwingungen eines Senders. Beim Empfang werden durch Demodulation die tonfrequenten Schwingungen dem Lautsprecher zugeführt oder durch einen Tonträger festgehalten (vgl. Abbildung S. 37).

B. Typen drahtloser Abhörgeräte

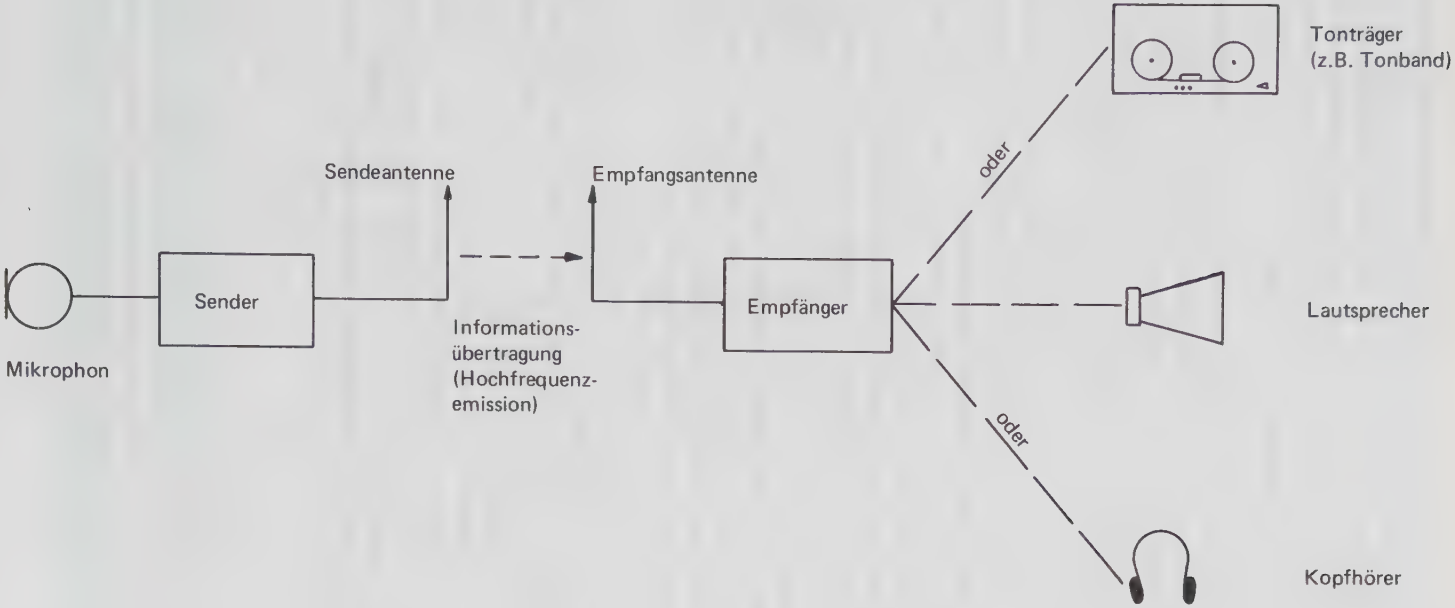
1. Entwicklung und Verfeinerung der auf dem Prinzip des drahtlosen Abhörsystems beruhenden Geräte wurden im Verlaufe der letzten Jahre sehr stark vorangetrieben. Die Miniaturisierung der elektronischen Bauelemente liess Kleinstgeräte entstehen, die unter der Bezeichnung *Minispione* bekannt geworden sind. Solche, vor allem in den Vereinigten Staaten verbreiteten Geräte wurden verschiedentlich auch in der Schweiz angeboten[7].

Die Geräte, bestehend aus dem mit einem Miniatursender zusammengebauten Mikrophon, können ihrer Kleinheit wegen leicht versteckt werden. Die belauschten Gespräche werden aus einer der Sendestärke des Gerätes entsprechenden Entfernung über ein z.B. in einem geparkten Auto befindliches UKW-Empfangsgerät mitgehört oder mit Hilfe eines daran angeschlossenen Tonaufnahmegerätes auf einem Tonträger festgehalten.

2. Solche Minispione erscheinen beispielsweise in der Form von würfelzuckergrossen Geräten auf dem Markt. Mit einer Halsbandantenne versehen, die unter dem Hemd getragen wird, eignet sich das Gerät als wandelnde Funkstation besonders für Agenten. Es kann aber auch hinter Heizkörpern, in den Falten von Vorhängen oder hinter Möbelstücken angebracht werden, wo sich die Antenne leicht verstecken lässt. An einem langen Metallgegenstand (Röhre, Bettfeder etc.) angebracht, bedient es sich dessen als Antenne.

Die Tarnung eines Abhörgerätes erfolgt etwa durch dessen Anbringen in einem Zigarettenetui, in einem Aschenbecher, im Gestell einer Brille, im Kravattenknopf, an einem Manschettenknopf, in einem Blumentopf, im hohlen Tischbein, im Hals-

7 Die zahlreichen Pressemeldungen, vorwiegend aus den Jahren 1966–68, zeugen von einem regen Interesse an der Problematik, die sich im Zusammenhang mit der Anwendung solcher Geräte ergibt.


Tonträger
(z.B. Tonband)
Sendeantenne
Empfangsantenne
oder
Sender
Empfänger
Lautsprecher
Mikrophon
Informations-
übertragung
(Hochfrequenz-
emission)
oder
Kopfhörer

band eines Hundes, im Rahmen eines Wandbildes, in einem unter die Tischplatte geklebten Kaugummi oder in Ohrringen und andern Schmuckstücken.

Es ist heute möglich, ein so feines Mikro-Abhörgerät herzustellen, dass dessen Mikrophon- und Verstärkeranlage zwischen den beiden Greifern einer Pinzette verschwindet. Mikrophone, die nicht grösser sind als Stecknadeln und Mikrophon- und Verstärkeranlagen, die unter einem Fingernagel oder in einer Spielkarte Platz haben, werden durch Spezialisten angefertigt.

Pressemeldungen über Miniaturabhörgeräte soll man aber mit einer gewissen Skepsis gegenübertreten. Die darin beschriebenen Möglichkeiten der Bespitzelung mit Abhörgeräten entsprechen nicht immer den technischen Gegebenheiten[8].

3. Dem Abhören von Telephongesprächen mittels drahtloser Abhöranlagen kommt heute etwelche Bedeutung zu. Es sind folgende Modalitäten der Überwachung auseinanderzuhalten:

a. Ist der Zugang zum Telephonapparat gegeben, so kann der Minispion darin eingebaut werden. Der Sender wird dabei galvanisch mit den Zuleitungen für die Betriebsspannung des Telephonapparates verbunden und bleibt daher jahrelang verwendbar. Wird der Hörer von der Gabel genommen, so schaltet sich der Sender automatisch ein. Er bedient sich der Leitung vom Hörer zum Telephon als Sendeantenne und übermittelt das Gespräch auf ein bis mehrere hundert Meter entferntes Empfangsgerät, das nötigenfalls mit einem Tonaufnahmegerät gekoppelt ist.

b. Es ist auch möglich, die Mikrophonkapsel im Telephonhörer gegen eine entsprechend präparierte Kapsel, in der sich ein Miniatursender befindet, auszutauschen. Die Speisespannung des Mikrophons garantiert zugleich den Betrieb des Senders. Als Sendeantenne dient das Hörerkabel. Die präparierte Kapsel übernimmt nun nicht nur die Funktion einer normalen Telephonkapsel, von der sie äusserlich nicht zu unterscheiden ist, sondern sie überträgt die ankommenden und abgehenden Gespräche auf eine Distanz von 100—150 m Entfernung.

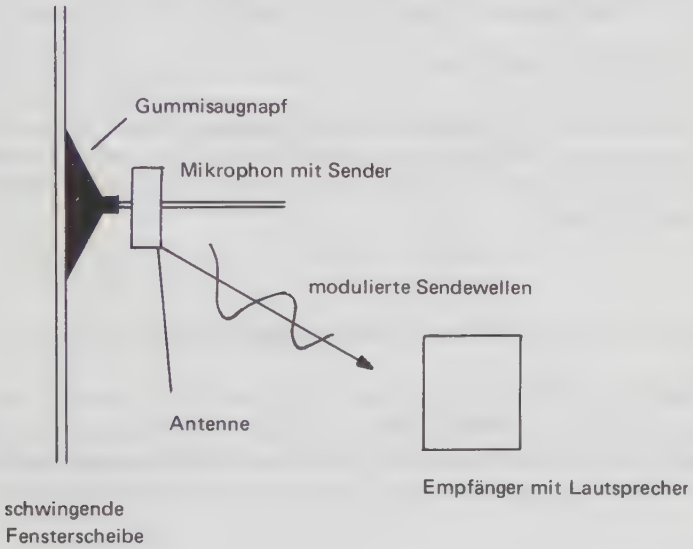
c. Ist der direkte Anschluss eines Abhörgerätes nicht möglich, so kann ohne Verbindung mit der Telephonleitung ein induktives Abhörgerät die Überwachung des Gespräches ermöglichen. Diese Funktion kann ein batteriebetriebener Kleinsender, der mit einer Induktionsspule zusammengebaut ist, übernehmen. Das induktive Abhörgerät, das nicht an die Telephonleitung gebunden ist, muss jedoch innerhalb des sie umgebenden magnetischen Feldes angebracht sein.

d. Wenn der Zugang zum Telephon nicht gegeben ist, kann der Abhörer das Zuleitungskabel ausserhalb des fraglichen Raumes ausfindig machen. Um das Kabel legt er eine Induktionsspule. Die Spule nimmt die während eines Telephongesprächs um das Kabel entstehenden magnetischen Wechselfelder auf, die dann verstärkt und über einen nachgeschalteten Sender abgestrahlt werden.

8 Zu erwähnen wären in diesem Zusammenhang etwa jene Aufsehen erregenden Pressemeldungen, die von einem in einer Olive eingepflanzten Mikrophon zu berichten wussten, das mit Hilfe der als Spiess getarnten, auf der Olive steckenden Antenne, Gespräche im Umkreis von 30 m registrieren soll. Der Einsatz eines Abhörgerätes dieser Art wird kaum einen Erfolg zeitigen. Einmal dürfte das in der Olive eingepflanzte Mikrophon höchstens Gespräche im Umkreis von etwa einem Meter registrieren, und dies nur dann, wenn die Olive nicht mit einer Flüssigkeit bedeckt ist. Bei der Distanzangabe von 30 m handelt es sich um die Sender-Reichweite.

4. Ein anderes Abhörverfahren gestattet das "Lesen vibrierender Fensterscheiben". Es beruht auf dem Prinzip der Ausbreitung und Resonanz von Schallwellen innerhalb eines Raumes. Zum Entziffern der durch ein geführtes Gespräch entstandenen Fenstervibrationen wird ein gebündelter Ultraschall auf die Fensterscheibe gerichtet. Die Scheibe reflektiert den Ultraschall, der mit einem Sonargerät ähnlichen Empfänger in eine verständliche Sprache umgewandelt werden kann. Somit wird ein Abhören sämtlicher im fraglichen Raum geführter Gespräche möglich.

Aber auch ein einfacheres Gerät erlaubt das Abhören von Gesprächen, die in Räumlichkeiten geführt werden, in denen der Lauscher aus irgendwelchen Gründen keinen Minispion installieren kann. Man verwendet einen aus einer Spielzeugarmbrust stammenden Gummibolzen, an dessen Kopf ein Minispion sitzt. Presst man den Bolzen an die Aussenseite eines Fensters, nimmt das Mikrophon die Schallschwingungen des Fensters auf und der Sender übermittelt sie auf den Empfänger. Da dieser Mithörer leicht auffällt, wird er meist an einer Rückholschnur befestigt.



V. Wie werden Abhörgeräte unschädlich gemacht?

1. Die Frage der Abwehrmöglichkeiten, die unser Thema nur am Rande berührt, soll hier nur kurz gestreift werden.

2. Mit der Verwendung von Minispionen wächst natürlich auch das Bedürfnis nach Gegenmitteln. Zum Zwecke des Aufspürens und Unschädlichmachens von Abhörgeräten jeder Art werden Peil- und Störsender, Verzerr- und Entzerrvorrichtungen angeboten.

3. Am einfachsten lässt sich ein elektronisches Abhörgerät mit Hilfe eines Radioapparates bis zu 108 Megahertz (die Frequenz der "handelsüblichen" Minispione

liegt durchwegs zwischen 88 und 108 Megahertz) orten. Im Raum, in welchem das Gerät vermutet wird, ist die Lautstärke des Radioapparates möglichst aufzudrehen und mit dem Sendeknopf langsam über den ganzen UKW-Bereich zu fahren. Ist irgendwo ein elektronischer Spitzel versteckt, sind Pfeif- oder Heultöne zu hören, sobald das Radiogerät auf die Wellenlänge des Miniatursenders eingestellt ist. Durch diese sog. "akustische Rückkoppelung" sind der Spion und dessen Wellenlänge verraten.

4. Vermutet man in einem Raum, in dem ein diskretes Gespräch geführt wird, ein Abhörgerät, so baut man am besten eine Lärmkulisse auf. Zu diesem Zweck ist die Lautstärke eines Radioapparates möglichst aufzudrehen, damit das Gespräch übertönt wird.

§ 6 Zur Aufnahme eines Gespräches bestimmte Tonträger

I. Der Begriff des Tonträgers

Die mittels drahtgebundener oder drahtloser Abhöranlagen[9] übermittelten Gespräche können mit Hilfe eines Tonträgers aufgezeichnet werden. Unter einem Tonträger ist ganz allgemein jene Vorrichtung zu verstehen, die der Fixierung und Speicherung von Schallschwingungen dient[10].

II. Arten von Tonaufzeichnungen und Tonträgern

1. Das Magnettonverfahren

Bei diesem Schallaufnahmeverfahren erfolgt die Schallaufzeichnung magnetisch, d.h. der Tonträger, ein mit feinstem Eisen- und Eisenoxydpulver imprägniertes Kunststoffband oder ein Stahldraht, wird gemäss der aufgesprochenen Modulation magnetisiert.

9 Vgl. § 5 III und IV

10 Vom Begriff des Tonträgers ist derjenige des *Tonaufnahmegerätes* zu unterscheiden. Letzteres ist die Summe verschiedener technischer Elemente (Aufnahmeverstärker, Bandaggregat und Wiedergabeverstärker), die eine Tonaufzeichnung und deren Wiedergabe erlauben: Tonband-Diktiergeräte u.a. Der Tonträger stellt jedoch einen spezifischen Teil eines Tonaufnahmegerätes dar. Der Begriff des Tonaufnahmegerätes fand sich in Art. 179 septies (Einziehung von TBA durch den Richter) des Entwurfes zum BG betr. VpG. Mit der Streichung dieses Artikels fielen sowohl der Begriff des "Tonaufnahmegerätes" als auch derjenige des "Bildaufnahmegerätes" endgültig aus dem Entwurf des Textes zum neuen Bundesgesetz (Amtliches Bulletin, Nationalrat 3.12.1968, S. 632).
Bei jenen modernen Methoden, welche Identifikationen von Menschen auf Grund der Eigenart ihrer Stimmen erlauben, kommen keine Tonträger im Sinne der Definition zur Anwendung. Solche von Strafverfolgungsbehörden zur Identifikation von Rechtsbrechern eingesetzte Methoden sind etwa die spektrographische Stimmabdruck-Identifizierung und die Tonhöhenaufzeichnung mit Oszillogramm und Lautstärkerdynamikkurve (vgl. Fährmann, a.a.O., S. 187 und Kersta, a.a.O., S. 177).

Auf diesem Prinzip beruhende Tonbandgeräte werden heute im Zuge der Miniaturisierung von Aufnahme- und Abhörgeräten bereits in so verfeinerter Ausführung hergestellt, dass sie sich leicht in einer Rocktasche verstecken lassen und mehrstündige Tonaufnahmen ohne Spulenwechsel erlauben.

2. Das Nadeltonverfahren

Es werden mit Hilfe eines sog. Tonschreibers spiralenförmige Tonrillen im Rhythmus der Schallwellen in den Tonträger eingeschnitten. Längs dieser Tonrillen kann die Schallaufzeichnung erfolgen. Als Tonträger kommen Wachsplatten in Frage oder sog. Schallfolien von einigen mm Dicke, die aus Kunstharz-, Gelatine- oder mit Lack überzogenen Metallplatten bestehen.

3. Das Lichttonverfahren

Bei diesem Verfahren – es spielt heute im Bereich der Tonfilmtechnik eine bedeutende Rolle – werden Mikrophonströme in Lichtströme umgewandelt, die das Filmmaterial belichten. Eine Photozelle tastet bei der Wiedergabe den Filmstreifen ab und setzt die Helligkeitsschwankungen in Spannungsschwankungen um, welche auf einen Lautsprecher gegeben werden. Der durch das Lichttonverfahren behandelte Filmstreifen stellt m.E. sowohl einen Bild[11]- als auch einen Tonträger im Sinne der durch Art. 179 bis ff. StrGB eingeführten Terminologie dar.

§ 7 Zur Beobachtung von Tatsachen geeignete Aufnahmegeräte (Bildaufnahmegeräte)[12]

I. Der Begriff des Bildaufnahmegerätes

Unter einem Bildaufnahmegerät ist jene technische Vorrichtung zu verstehen, welche der Beobachtung visuell wahrnehmbarer Tatsachen dient oder die Voraussetzung für die Fixierung solcher Tatsachen auf einen Bildträger darstellt.

11 Vgl. im folgenden § 8

12 Der Entwurf zum BG betr. VpG sah ursprünglich die Ausdrucksweise "Bildaufnahmegerät" in den Art. 179 quater und 179 septies vor. Im Verlaufe der Beratungen wurde der Ausdruck vorerst aus dem Text von Art. 179 quater (Amtliches Bulletin, Ständerat 17.9.1968, S. 190) und dann aus dem Marginale zu diesem Artikel (Amtliches Bulletin, Nationalrat 3.12.1968, S. 629) gestrichen und durch "Aufnahmegerät" ersetzt. Diese Präzisierung garantiert eine Anpassung an die fortschreitende technische Entwicklung. Es werden z.B. auf dem Gebiete der Weltraumforschung Geräte eingesetzt, die eine bildliche Übertragung eines Himmelskörpers in der Form von lauter Punkten erlauben, welche erst nachträglich zu einem Bild zusammengesetzt werden. Aufnahmen auf einen Bildträger sind also nicht nur mittels eines Bildaufnahmegerätes im hergebrachten Sinn möglich. Diese Tatsache muss stets im Auge behalten werden, wenn von Bildaufnahmegeräten die Rede ist. Der Ausdruck "Aufnahmegerät" wird den neuartigen Entwicklungen am ehesten gerecht.

II. Funktion und Arten von Bildaufnahmegeräten

1. Wie aus der Begriffsumschreibung hervorgeht, können Bildaufnahmegeräte zwei verschiedene Funktionen ausüben. Die entsprechende Differenzierung liegt dem BG betr. VpG selbst zugrunde. Die Ausdrucksweise von Artikel 179 quater[13] basiert nämlich auf der Unterscheidung von Bildaufnahmegeräten, welche eine schlichte Beobachtung der in Frage stehenden Tatsachen erlauben und andern Geräten, mit Hilfe derer die beobachteten Tatsachen einem Bildträger zugeführt werden können.

2. Als Geräte, welche sich *für reine Beobachtungszwecke* eignen, kommen verschiedene Kameras in Frage. Solche heute teilweise bereits miniaturisierten und voll transistorisierten, batteriebetriebenen Fernsehkameras lassen sich leicht in Wänden und Decken der zu überwachenden Räumlichkeiten verstecken. Die aufgenommenen Bilder werden mittels eines Kleinsenders ausgestrahlt und können vom Beobachter mit einem Fernsehgerät aufgefangen werden. Neuartige Lichtleiter, die sog. Glasfaseroptiken ermöglichen die Führung des Lichtes um die Ecken und erlauben daher, Kameras in Nebenräumen der zu beobachtenden Lokalitäten aufzubauen.

Aufnahmegeräte dieser Art lassen sich vor allem in Selbstbedienungsläden, Banken etc. als Überwachungsanlagen einsetzen. Sie bergen aber die Gefahr der missbräuchlichen Verwendung für irgendwelche Überwachungszwecke in sich.

Der rein visuellen Beobachtung dienen auch Fernrohre, Feldstecher, Operngläser und Ferngläser irgendwelcher Art. Der Gesetzgeber will diese Geräte nicht unter den Begriff der Aufnahmegeräte im Sinne von Art. 179 quater subsumieren. Sie dienen ja lediglich der visuellen Vergrösserung von sichtbaren Vorgängen, die offenkundig, d.h. die ohnehin von blossem Auge sichtbar sind. Der einzige Schutz gegen Beobachtungen mittels solcher Geräte besteht darin, dass die den Blicken Neugieriger ausgesetzte Person Vorkehren trifft, welche die Beobachtung ihres gesellschaftsbezogenen Verhaltens ausschliessen. Das Charakteristikum der durch Art. 179 quater erfassten Aufnahmegeräte besteht nun darin, dass sie die Beobachtung oder bildliche Festhaltung unter Umgehung solcher Vorkehren ermöglichen[14].

3. *Zur Registrierung beobachteter Tatsachen auf einen Bildträger* eignen sich Photo-, Film- und Fernsehkameras. Das mit einer Kamera gekoppelte Teleobjektiv ist nur dann als Bildaufnahmegerät zu klassifizieren, wenn mit Hilfe dieser Kombination eine Aufnahme erstellt wird.

Es ist durchaus möglich, ein und dasselbe Bildaufnahmegerät zu rein visuellen Beobachtungen oder aber zur bildlichen Fixierung von Tatsachen auf einen Bildträger zu verwenden.

13 "Wer eine Tatsache . . . mit einem Aufnahmegerät *beobachtet* oder auf einen Bildträger *aufnimmt*,". . .

14 Nebst den bereits erwähnten Geräten (Nachtsichtgeräte, auf Glasfaseroptik beruhende u.a. Apparate) sei hier noch ein in der Schweiz vor einiger Zeit angebotenes Aufnahmegerät erwähnt: Ein aus einem Metallzylinder (Länge 3,6 cm, Durchmesser 1,4 cm) bestehender Türgucker weist an beiden Öffnungen Linsen auf, die bewirken, dass der mittels des Gerätes betrachtete Gegenstand verkleinert wird. So werden der Sehwinkel und der durch diese "Super-X-Linse" sichtbare Raum vergrössert. (Die Propagierung dieses Gerätes wurde übrigens durch die PTT-Generaldirektion als Beschwerdeinstanz unter Berufung auf Art. 25 Abs. 1 lit. b PVG unterbunden. Vgl. SJZ 64 (1968), S. 91 ff.).

III. Ein "Aufnahmegerät" besonderer Art

1. Der sog. Peilsender kann weder als Abhör-, noch als Ton- oder Bildaufnahmegerät im Sinne der erfolgten Umschreibungen klassifiziert werden[15]. Dieses Gerät dürfte jedoch dazu geeignet sein, den persönlichen Geheimbereich einer Person auf andere Art als durch Abhören oder Ton- und Bildaufnahme zu verletzen[16].

2. Der Peilsender erlaubt es, den Aufenthaltsort einer Person auf elektronischem Weg zu bestimmen. Das Gerät besteht aus einer magnetischen "Mine" mit einer dazugehörenden Sendeantenne. Die "Mine" enthält in ihrem Innern einen wenige Watt starken Kurzwellensender, dessen Standort durch Anpeilen festgestellt werden kann. Dieses Anpeilen dürfte jedoch nur auf relativ kurze Distanzen und nur unter besten Voraussetzungen gelingen (z.B. Anbringen des Gerätes auf einem Autodach). Für Fahndungszwecke ist der Peilsender jedoch untauglich. So ist es nicht möglich, den Standort und die Fahrtrichtung eines Fahrzeuges mittels eines unter dieses gehefteten Peilsenders festzustellen. Auch die Überwachung einer Person mittels des in ein Kleidungsstück eingenähten Miniatur-Peilsenders dürfte nur in ganz bescheidenem Rahmen möglich sein.

§ 8 Zur Festhaltung von Tatsachen geeignete Bildträger

I. Der Begriff des Bildträgers

Unter einem Bildträger ist jene technische Vorrichtung zu verstehen, die der Fixierung und Speicherung der durch ein Bildaufnahmegerät beobachteten Tatsachen dient.

II. Arten von Bildträgern

1. Der bekannteste Bildträger ist der Film. Er findet Anwendung in den als Bildaufnahmegeräte gebrauchten Photo- und Filmkameras.

2. Die Fernsehaufzeichnung hat die optischen Fixierungsmöglichkeiten bereichert: Das von der Fernsehkamera eingefangene Bild wird mittels einer photoelektrischen Schicht in Stromimpulse (Bildsignale) umgewandelt. Die von der Kamera abgegebenen Bildsignale werden einem Bildaufzeichnungsgerät zugeführt, welches die Fixierung der elektronischen Bildimpulse auf ein elektromagnetisches Band ermöglichen. Dieses elektromagnetische Band ist nun Bildträger. Wird es abgespielt, lassen sich die

15 Gleiches gilt auch für die Radarüberwachung. Die Gefahr eines Missbrauchs durch Private besteht jedoch heute kaum.

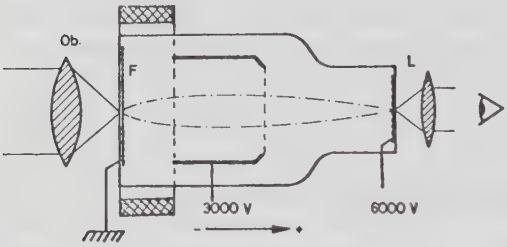
16 Dies gilt auch für den sog. Wärmedetektor, mit dessen Hilfe nachgemessen werden kann, dass jemand an einer bestimmten Stelle sass oder lag. Über die strafrechtliche Beurteilung der Verwendung solcher Geräte auf Grund des BG betr. VpG vgl. § 14 III

fixierten Impulse als Bilder beliebig oft auf einen Fernsehschirm reproduzieren oder auf andere elektromagnetische Bänder überspielen.

Seit einiger Zeit sind auch sog. Heimaufzeichnungsgeräte auf dem Markt, mit denen man die im Fernsehempfänger erscheinenden Bilder oder solche einer Fernsehkamera auf ein elektromagnetisches Band, das nun seinerseits wieder einen Bildträger darstellt, aufnehmen kann.

3. Für die stationäre Fixierung von Bildern eignen sich heute auch die Trommel- und Scheibenspeicherungen der Computer.

4. Mit Hilfe eines Bildwandlers lassen sich Beobachtungen aus dem unsichtbaren Infrarot-Bereich in sichtbare Bilder umwandeln. Dabei gelangt, wie die folgende schematische Darstellung der Bildwandlerröhre zeigt, ein anders gearteter Bildträger zur Anwendung.



F: Photokathode
L: Leuchtschirm (Bildträger)

Mittels eines Objektives wird ein Objekt auf die Photokathode F abgebildet. Je nach der Intensität der Abbildungspunkte werden Elektronen emittiert. Durch ein elektronenoptisches Linsen-System meist elektrostatischer Art werden die Elektronen auf den lumineszierenden Schirm L abgebildet. Wird dieser Schirm mit Elektronen beschossen, entsteht dort ein sichtbares Bild. Wenn die Kathode auf Infrarot sensibilisiert ist, vermag man infrarot beleuchtete Gegenstände (z.B. durch einen Infrarot-Strahler) im scheinbar dunkeln Raum zu beobachten. Auch kann man mit Hilfe eines Bildwandlers durch eine Dunstschicht, die infrarotes Licht weniger absorbiert, noch hindurchsehen. Die lumineszierenden Stoffe, welche das weisse Bild auf der Fernsehröhre ergeben, bestehen aus der Kombination der Leuchtstoffkomponenten Zinksulfid (für blau) und Zinkcadmiumsulfid (für gelb).

5. Die technischen Möglichkeiten, welche sich im Hinblick auf die Fixierung optischer Vorgänge eröffnen, sind heute noch gar nicht abzusehen.

Gerade die Miniaturisierung der zur Bildaufzeichnung nötigen technischen Apparaturen wird mit Sicherheit noch fortschreiten. Wohl existieren heute Kleinstkameras und es sind Fernsehkameras in der Grösse kleiner Photoapparate erhältlich, jedoch ist es aus aufnahmetechnischen Gründen noch nicht gelungen, Bildaufzeichnungsmaschinen in der Grösse eines Kassettentonbandgerätes herzustellen.

Die Zukunft dürfte aber auch in diesen Bereichen der Technik noch Überraschungen zeitigen. Bereits heute ist ja z.B. die Bildkonservierung auf Platten möglich.

3. KAPITEL

Das Bundesgesetz betreffend Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereichs

§ 9 Einleitende Bemerkungen

I. Die Notwendigkeit des Bundesgesetzes

1. Die ständigen Neuerungen und Verfeinerungen im Bereiche der Ton- und Bildaufnahmetechnik bringen vermehrte Gefährdungen des persönlichen Geheimbereichs mit sich. Je weiter die Miniaturisierung der entsprechenden Geräte fortschreitet, desto heimtückischere Methoden der Bespitzelung sind zu erwarten.

2. Das Recht auf freie Entfaltung der Person wird in Frage gestellt, sobald der einzelne sich auf Grund der Gefahr heimlicher mechanischer Fixierung seiner Äusserungs- und Verhaltensweisen eingeengt fühlt, seine Spontaneität der Äusserungen durch Wort und Gebärde beschnitten wird.

3. Die Befürchtungen über eine übermässige Bedrohung des Individuums durch TBA mögen im jetzigen Zeitpunkt zum Teil noch verfrüht sein und sich ins Phantastische versteigen. Tatsache aber ist, dass jeder Fortschritt auf dem Gebiet der Elektronik auch auf seine Spionagetauglichkeit geprüft[1] und wenn möglich der Bespitzelung dienstbar gemacht wird. Im Ausland, vorwiegend in den USA, ist denn auch der Kampf gegen die Existenz und die missbräuchliche Verwendung von Kleinabhörgeräten als ein Kampf gegen eine akute Gefahr aufgenommen worden. Der allgemein menschliche Hang zur Neugierde und Indiskretion legt die Vermutung nahe, dass auch bei uns Geräte, die eine Gefährdung des persönlichen Geheimbereichs darstellen, in vermehrtem Masse Verbreitung finden werden. Diese Gefährdung von seiten der Technik gilt es zu unterbinden und ihr durch eine entsprechende Gesetzgebung entgegen zu wirken.

Dem Strafrecht kommt nun in besonderem Masse die Aufgabe zu, innerhalb des von der gesamten Rechtsordnung zu verwirklichenden Persönlichkeitsschutzes, der Hinterhältigkeit und Verwerflichkeit von Angriffen auf den persönlichen Geheimbereich zu begegnen.

4. Wenn die Diskussion um einen verstärkten Schutz gewisser Persönlichkeitsbereiche bisher vorwiegend unter privat- und öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten vorangetrieben wurde, waren doch auch zahlreiche Bestrebungen im Gange, die eine Verstärkung des Persönlichkeitsschutzes gerade auf dem Gebiete des Strafrechts anregten. So setzten sich verschiedene Redner auf der Weinheimer Tagung[2], auf der versucht wurde, die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die ganze Tonbanddiskussion in Deutschland zu schaffen[3], mit dem Problem der Tonbandverwendung unter strafrechtlichen Gesichtspunkten auseinander. In diesem Zusammenhang ist

1 Caroll, a.a.O., S. 229
2 Arbeitstagung am 16./17. November 1956 in Weinheim a.d.B.
3 Lang, a.a.O., S. 19

auch das von Henkel[4] anlässlich des 42. Deutschen Juristentages 1957 verfasste Rechtsgutachten zu erwähnen, welches sich eingehend mit grundsätzlichen Fragen über "Strafschutz des Privatbereichs gegen Indiskretionen" beschäftigt. Richtlinien für die strafrechtliche Erfassung der missbräuchlichen Verwendung von Abhörgeräten und Tonträgern wurden auch im Jahre 1967 von der Konferenz Nordischer Juristen[5] ausgearbeitet. Der Schweizerische Juristentag 1960 hingegen, der sich vorwiegend mit dem privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz befasste, begnügte sich in seiner Resolution mit dem Hinweis, dass der Gefährdung der Persönlichkeit durch die heutige Technik auch mit den Mitteln des Strafrechts zu begegnen sei[6].

II. Die Vorarbeiten zum BG betr. VbG

1. Ausdruck der vorwiegend in der Presse des In- und Auslandes geäusserten Befürchtungen, dass die missbräuchliche Verwendung von Tonaufnahme- und Kleinabhörgeräten[7] zu einer Bedrohung von Privat- und Geheimbereich anwachsen könnte, stellt ein am 1. Juli 1966 von Nationalrat Müller (Luzern) und acht Mitunterzeichnern eingereichtes Postulat dar[8]. Das vom Nationalrat mit Beschluss vom 28. September 1966 angenommene Postulat hat folgenden Wortlaut:

"Laut Pressemeldungen werden in den Vereinigten Staaten serienweise Kleingeräte hergestellt und in den Verkehr gebracht, die dazu dienen, Gespräche aus geringerer oder grösserer Entfernung, ja sogar durch Wände hindurch unbemerkt abzuhören und auch festzuhalten.

Man muss befürchten, dass diese Entwicklung in absehbarer Zeit auch auf die Schweiz übergreifen werde. Sie bedroht also auch bei uns die Intimsphäre der menschlichen Person auf das empfindlichste. Der geltende Persönlichkeitsschutz des Privatrechts dürfte kaum genügen, diese Gefahr zu bannen.

Der Bundesrat wird daher eingeladen, vorbeugend wirksame Bestimmungen des privaten und öffentlichen Rechts gegen den Verkehr mit solchen Geräten, jedenfalls aber gegen ihren Missbrauch, zu erlassen".

2. Die Arbeiten in den vorberatenden Kommissionen wurden in der Folge rasch vorangetrieben, sodass der Bundesversammlung bereits am 21.2.1968 die Botschaft des Bundesrates mit einem Entwurf zur Teilrevision des StrGB vorgelegt werden konnte. Die Beratungen in den Räten erstreckten sich über Sommer-, Herbst- und Dezembersession desselben Jahres und fanden am 20. Dezember 1968 ihren Abschluss. Da die Referendumsfrist[9] unbenutzt blieb, trat das neue Bundesgesetz am 1. Mai 1969 in Kraft.

4 A.a.O., S. 63 ff.

5 Bulletin der Internationalen Juristenkommission Nr. 31, 1967, S. 10.

6 ZSR 79 (1960) 2. Halbband, S. 660 a. f.

7 Bezeichnen hinsichtlich der Verletzungsmöglichkeiten durch Bildaufnahmegeräte werden nur sehr selten gebraucht.

8 Die Antworten der Kantone auf ein Rundschreiben des EJPD ergaben deutlich, dass ein Bedürfnis nach einschlägigen Gesetzesbestimmungen besteht (16 der 21 eingegangenen Antworten traten ausdrücklich für die Schaffung strafrechtlicher Schutzbestimmungen ein). Auch Vorstösse in kantonalen Parlamenten sind Ausdruck dieses Bedürfnisses; vgl. Interpellation Huber vom 6.3.1967 im Zürcher Kantonsrat.

9 Referendumsaufforderung im Bundesblatt 1968 II 1245.

III. Das Ziel der Revision

1. Die Artikel 179 bis ff. StrGB bezwecken den Schutz bestimmter Bereiche menschlicher Selbstentfaltung und Lebensgestaltung gegen Angriffe von aussen. Dieser freie Lebensraum muss sowohl gegen unberechtigte Übergriffe von seiten der Mitmenschen als auch gegen solche staatlicher Organe abgesichert werden.

2. Das Bundesgesetz geht von der Tatsache aus, dass gewisse neuartige technische Geräte in besonderem Masse geeignet sind, in diesen Lebensraum einzugreifen. Dementsprechend strebt es eine Ausdehnung des strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereichs an, die auf die missbräuchliche Verwendung solcher Geräte zugespitzt ist.

IV. Die Stellung der Revision im System des Schweizerischen Strafrechts

Wenn wir von der Notwendigkeit strafrechtlicher Bestimmungen zum Schutze des persönlichen Geheimbereichs ausgehen, so drängt sich eine zweifache Fragestellung auf:

1. Einmal muss abgeklärt werden, ob die zu schaffenden Straftatbestände ins StrGB aufzunehmen seien, oder ob sie Gegenstand eines besondern Nebenstrafgesetzes zu bilden hätten. Für eine Aufnahme ins StrGB spricht der Umstand, dass der Persönlichkeitsschutz zum Aufgabenbereich des allgemeinen Strafrechts gehört[10].

2. Des weitern bedarf die Frage einer Prüfung, ob die Eingliederung der Revision im dritten Titel des StrGB zu begrüssen sei. Da die durch das BG betr. VpG vorgesehenen Verletzungsmodalitäten des persönlichen Geheimbereichs leicht die menschliche Freiheit, nämlich die der Persönlichkeitsentfaltung tangieren, muss m.a.W. erwogen werden, ob sich die Revision systematisch nicht besser im 4. Titel des StrGB, in Ergänzung der Delikte gegen die Freiheit, hätte einfügen lassen. Für einen Zusatz zum 3. Titel sprechen jedoch folgende Überlegungen:

Der dem 4. Titel zugrundeliegende Begriff der Freiheit ist keineswegs einheitlich[11]; das StrGB erfasst nicht sämtliche, irgendwie die menschliche Freiheit verletzenden strafbaren Verhaltensweisen. Vielmehr spiegeln sich darin verschiedene Teilbereiche der menschlichen Freiheit. Überhaupt dürfte es unmöglich sein, die Freiheit als ein durch das Strafrecht zu schützendes, einheitlich charakterisiertes Rechtsgut definitorisch einzufangen. Wenn also die durch das BG betr. VpG erfasste Materie eine gewisse Affinität zur menschlichen Freiheit aufweist, so folgt daraus noch nicht die Notwendigkeit, dass eine gesetzliche Regelung gerade im Rahmen des 4. Titels erfolgen muss. Überdies ist nicht zu verkennen – die Beratungen in den

10 Schultz, Gutachten, S. 8

11 Während die freie Willensbildung und Willensbetätigung Schutzobjekte der Art. 180 und 181 StrGB sind, verleihen die Art. 182–185 Schutz gegen Beeinträchtigungen der Bewegungsfreiheit im Raum. Art. 186 endlich beschlägt als Garant freier Lebensentfaltung gewisse Herrschaftsbeziehungen einer Person zu einem Raum (vgl. Thormann/Overbeck, a.a.O., S. 172 und Schwander, a.a.O., S. 409).

Räten haben dies gezeigt –, dass der Gesetzgeber die Strafwürdigkeit von Verletzungen des persönlichen Geheimbereichs durch TBA vor allem unter dem Gesichtspunkt der Indiskretion erwogen hat. Gerade wenn der Gedanke der Indiskretion in den Vordergrund gerückt wird, so liegt eine gesetzliche Regelung im Zusammenhang mit dem Indiskretionstatbestand von Art. 179 StrGB nahe.

V. Systematischer Aufbau des BG betr. VpG

1. Es ist heute wohl unmöglich, einen Überblick über all die TBA zu vermitteln, die sich für Eingriffe in den persönlichen Geheimbereich eignen. Die Liste dieser Geräte kann in Anbetracht der technischen Fortschritte gar nie abgeschlossen werden. Daher gilt es, in möglichst umfassender Formulierung Kategorien von Geräten zu schaffen, unter welche sich neue Erfindungen subsumieren lassen.

2. Bei der Schaffung solcher Kategorien berücksichtigt das Gesetz – es spricht von Abhörgeräten, Tonträgern, (Bild-) Aufnahmegeräten und Bildträgern – folgenden von der menschlichen Sinneswelt her bestimmten Aufbau der Straftatbestände:

a. Verletzung des persönlichen Geheimbereichs durch Wahrnehmungen mittels technischer Verbesserungen des *menschlichen Ohrs.*

Als solche Verbesserungen bezeichnet das Gesetz Abhörgeräte und Tonträger[12].

Die strafbaren Handlungen bestehen

- nach Art. 179 bis StrGB im Verwenden dieser Geräte zum Zwecke des Abhörens oder Aufnehmens fremder nichtöffentlicher Gespräche ohne die Einwilligung aller daran Beteiligten und
- nach Art. 179 ter StrGB im Aufzeichnen nichtöffentlicher Gespräche durch einen Gesprächspartner ohne die Einwilligung der andern daran Beteiligten.

b. Verletzungen des persönlichen Geheimbereichs durch Wahrnehmungen mittels technischer Verbesserungen des *menschlichen Auges.*

Solche Verbesserungen sind nach Gesetz Bildaufnahmegeräte und Bildträger[13].

Die strafbaren Handlungen bestehen nach Art. 179 quater StrGB im Verwenden dieser Geräte zum Zwecke des ohne Einwilligung erfolgenden Beobachtens oder bildlichen Fixierens

- von Tatsachen aus dem Geheimbereich eines andern oder
- von nicht ohne weiteres jedermann zugänglichen Tatsachen aus dem Privatbereich eines andern.

3. Von den fünf klassischen Sinnen (Auge, Ohr, Geruch, Geschmack und Tastsinn) erscheinen im BG betr. VpG also vor allem Auge und Ohr als potentielle Gegner des persönlichen Geheimbereichs. Das sehr technisch orientierte Bundesgesetz wirkt somit einer ganz spezifischen Gefährdung des persönlichen Geheimbereichs entgegen.

12 Zur Begriffsbestimmung vgl. § 5 und 6
13 Zur Begriffsbestimmung vgl. § 7 und 8

VI. Die gesetzliche Umschreibung der vor Verletzungen durch TBA geschützten Bereiche

Die Artikel 179 bis 179 septies StrGB stehen unter dem Titel "strafbare Handlungen gegen den Geheim- oder Privatbereich". Obwohl nur Art. 179 quater StrGB Geheim- und Privatbereich[14] ausdrücklich erwähnt, stellen diese beiden Bereiche das der gesamten gesetzlichen Regelung des neuen Bundesgesetzes zugrundeliegende Schutzgut dar. Sie sind nämlich per definitionem[15] schlechthin als Inhalt des persönlichen Geheimbereichs zu betrachten. Sämtliche Bestimmungen des BG betr. VpG dienen ja dem Schutz des persönlichen Geheimbereichs in seiner Zweiteilung. So können denn die durch Art. 179 bis und 179 ter StrGB erfassten "Gespräche" Gegenstand sowohl des Geheimbereichs als auch des nicht jedermann ohne weiteres zugänglichen Teils des Privatbereichs sein. Wenn aber diese Artikel den gesetzlich gewährten Schutz auf "Gespräche" beschränken, so muss daraus gefolgert werden, dass andere, nicht als Gespräche klassifizierbare Äusserungen den gesetzlichen Schutz nicht geniessen[16].

VII. Systematik der Darstellung des BG betr. VpG

In der Folge soll nun versucht werden, die einzelnen Artikel der Revision im Sinne eines Kommentars zu betrachten. Im Anschluss daran gilt es, ihre gemeinsamen Komponenten darzustellen und das Verhältnis zu andern, den persönlichen Geheimbereich irgendwie schützenden Normen zu beleuchten.

§ 10 Titel und Ingress

I. Die verfassungsmässige Grundlage der gesetzlichen Regelung

1. Der Ingress zum BG betr. VpG lautet:

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, nach Einsicht in eine Botschaft des Bundesrates vom 21. Februar 1968 beschliesst:

Das Schweizerische Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 wird wie folgt ergänzt: . . .

2. Art. 64 bis BV begründet die Zuständigkeit des Bundes für die Schaffung von gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Person im Bereiche des Strafrechts.

14 Dabei ist die Beschränkung auf jenen der Allgemeinheit nicht ohne weiteres zugänglichen Teil des Privatbereichs zu berücksichtigen.

15 Vgl. § 2 II B

16 Vgl. zu diesem Problem § 11 II A

II. Titel

1. Während die bundesrätliche Botschaft[17] das durch die neue strafrechtliche Regelung erfasste Schutzgut als "persönlichen Geheimbereich" bezeichnet[18], spricht die endgültige Fassung von "Geheim- oder Privatbereich"[19]. Einzig im Titel des Bundesgesetzes wurde die Ausdrucksweise "persönlicher Geheimbereich" beibehalten. Auch wenn diese Bezeichnung des Schutzgutes sich inhaltlich durchaus mit der im übrigen Gesetzestext verwendeten deckt, wäre m.E. eine textliche Angleichung im Zuge einer redaktionellen Vereinheitlichung begrüssenswert gewesen. Das Gesetz wäre in diesem Fall folgendermassen zu betiteln gewesen: "Bundesgesetz betreffend Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des Geheim- und[20] Privatbereichs".

2. Inhalt des durch das Bundesgesetz geschützten persönlichen Geheimbereichs können sowohl Geheim- als auch Privatbereich sein. An einer begrifflichen Differenzierung dieser beiden Sphären muss auf Grund der oben[21] erfolgten inhaltlichen Bestimmung des persönlichen Geheimbereichs festgehalten werden. Im revidierten dritten Titel des StrGB, sowie an verschiedenen Stellen des BG betr. VpG ist nun von Geheim- *oder* Privatbereich die Rede. Gerade das "Oder" verleiht aber fälschlicherweise den Anschein einer Identität der beiden Begriffe. Im Interesse einer klaren Differenzierung wäre es m.E. daher angebracht gewesen, "oder" durch "und" zu ersetzen und in Rücksicht darauf, den dritten Titel wie folgt zu ändern: "Strafbare Handlungen gegen Ehre, Geheim- und Privatbereich"[22].

3. Die durch die Revision erfassten Verhaltensweisen werden fast ausschliesslich als Vergehen ausgestaltet. Mit der in Art. 179 ^{septies} vorgesehenen Bestrafung des Telephonmissbrauchs fand jedoch auch ein Übertretungstatbestand Aufnahme ins Gesetz. Nur wenn dieser fallen gelassen worden wäre, hätten die durch *das BG betr. VpG* bestraften Handlungen als "Vergehen" bezeichnet werden dürfen. Selbst wenn Art. 179 ^{septies} nicht aufgenommen worden wäre, hätte sich jedoch die Bezeichnung "*Vergehen* gegen die Ehre . . ." *im dritten Titel* nicht gerechtfertigt[23]. Dies hat seinen Grund darin, dass es sich auch bei Art. 179 um einen Übertretungstatbestand

17 In der Folge soll der mit der Botschaft des Bundesrates vom 21.2.1968 vorgelegte Gesetzesentwurf als Ausgangspunkt für die in den Räten erfolgten Diskussionen um die Textfassung dienen.

18 Titel: "Bundesgesetz betreffend Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes des persönlichen Geheimbereichs".
3. Titel StrGB: "Vergehen gegen die Ehre und den persönlichen Geheimbereich".
2. Abschnitt des 3. Titels StrGB: "Vergehen gegen den persönlichen Geheimbereich".
Marginale zu Art. 179 ^{quater}: "Verletzungen des persönlichen Geheimbereichs. . ."

19 Vgl. Beschlüsse des Nationalrates vom 3.12.1968 (Amtliches Bulletin, Dezembersession 1968, S. 629 ff.)

20 Zum Vorschlag "oder" durch "und" zu ersetzen vgl. Ziff. 2

21 Vgl. § 2

22 Diese Korrektur dürfte zwar einer klaren Begriffsbestimmung des persönlichen Geheimbereichs dienen, sie ist jedoch rein redaktioneller Natur. Dem Titel selbst kommt ja für die Auslegung des Gesetzes keine Bedeutung zu. (Entsprechende Änderungen müssten auch im Randtitel zu Art. 179 und im Marginale zu Art. 179 ^{quater} vorgenommen werden.)

23 Für eine solche Formulierung als Folge der Streichung des in der Botschaft noch nicht aufgenommenen und erst durch die nationalrätliche Kommission vorgeschlagenen Artikels 179 ^{septies} (vgl. Amtliches Bulletin, Nationalrat 26.6.1968, S. 345) sprach sich der Ständerat m.E. völlig zu Unrecht aus (Beschluss vom 17.9.1968).

handelt. Die endgültige Ausgestaltung der Art. 179- 179 septies gebot also konsequenterweise die Bezeichnung "strafbare Handlungen".

§ 11 Artikel 179 bis StrGB

Abhören und Aufnehmen fremder Gespräche

Wer ein fremdes nichtöffentliches Gespräch, ohne die Einwilligung aller daran Beteiligten, mit einem Abhörgerät abhört oder auf einen Tonträger aufnimmt,

wer eine Tatsache, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie auf Grund einer nach Absatz 1 strafbaren Handlung zu seiner Kenntnis gelangte, auswertet oder einem Dritten bekanntgibt,

wer eine Aufnahme, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie durch eine nach Absatz 1 strafbare Handlung hergestellt wurde, aufbewahrt oder einem Dritten zugänglich macht,

wird, auf Antrag, mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.

I. Allgemeines

1. Das ohne Einwilligung erfolgende Abhören von Gesprächen durch besondere technische Vorrichtungen vermittelt dem Abhörer eine gewisse Machtstellung. Ein solches Vorgehen erlaubt ja die Kenntnisnahme und das Auswerten von Äusserungen, welche der Belauschte, da er sich vor ungebetenen Zuhörern sicher wähnt, vermeintlich in einem Zustand der ungestörten Zurückgezogenheit tut.

Aber auch wer Gespräche, an denen er nicht teilnimmt, ohne die Einwilligung der daran Beteiligten auf einen Tonträger aufnimmt, gewinnt über den Betroffenen eine gewisse Macht[24]. Diese Machtposition gründet darin, dass sowohl die Belauschten jederzeit bei ihren Worten behaftet werden können[25], als auch, dass es der Willkür des Aufnehmenden überlassen ist, die gewonnenen Aufnahmen beliebig oft vor einem beliebigen Personenkreis wiederzugeben.

2. Solch heimtückisches Vorgehen verdient vor allem deshalb bestraft zu werden, weil das Unbehagen, jederzeit einer heimlichen Kontrolle und Fixierung irgendwelcher Äusserungen schutzlos ausgesetzt zu sein, leicht die freie Entfaltung und Würde der Person in Frage zu stellen vermag[26].

24 Vgl. Henkel, a.a.O., S. 122; Hotz, a.a.O., S. 76; Lang, a.a.O., S. 16; Lang-Hinrichsen, a.a.O., S. 32

25 Deutsche Autoren sprechen von einer "Totalverantwortung" des Menschen, die zu einer Verarmung des unbefangenen und spontanen Gedankenaustausches führt (Roessler, a.a.O., S. 161).

26 Vgl. Coing, Die heimliche Tonbandaufnahme als Rechtsproblem, S. 38 und SJZ 63 (1967), S. 9

II. Das Handlungsobjekt

Das BG betr. VpG zielt sowohl auf den Schutz des Privat- als auch des Geheimbereichs ab. Auf einen bestimmten, den persönlichen Geheimbereich verletzenden Straftatbestand zugeschnitten, umschreibt jedoch Art. 179 bis innerhalb dieser gesetzlichen Regelung sein Objekt präzisierend als *"fremdes nichtöffentliches Gespräch"*.

A. Der Begriff des Gesprächs

1. Der Begriff des Gesprächs wurzelt in dem der *Sprache*. Den zahlreichen Definitionsversuchen[27] der Sprache liegt folgende Differenzierung zugrunde[28]:

Unter Sprache im *weitern Sinn* ist die Fähigkeit zu verstehen, durch Ausdrucksbewegungen verschiedener Art, Erlebnisse, Gefühle und Empfindungen mitzuteilen. Diese Äusserungsformen können auch in mimisch-pantomimischen Bewegungen bestehen (Gebärden-, Mienen-, Augensprache).

Sprache im *engern Sinn* liegt dann vor, wenn Gedanken und Willensregungen mit artikulierten Lauten geäussert werden. In dieser menschlichen Lautsprache verbinden sich Laute und Bedeutungen zu Sätzen (Redeeinheiten). Die Sprache wird so zum Hauptmittel des zwischenmenschlichen Verkehrs. Sie ermöglicht es, unsere Gedanken und Willensregungen für andere verständlich zu äussern.

2. Unter den Sprachbegriff im engern Sinn ist der durch das BG betr. VpG ins StrGB aufgenommene Begriff des *Gesprächs* zu subsumieren. Durch ein Gespräch, d.h. eine auf zwischenmenschliche Verständigung abzielende Folge von Worten und Sätzen, wird eine *geistige Beziehung* zwischen Sprechenden hergestellt. Das Gespräch dient also zur Hauptsache der Weitergabe von Gedankengut an Mitmenschen. Es ist aber nicht zu verkennen, dass es auch im einsamen Seelenleben — Verständigung und Mitteilung sind nicht beabsichtigt — eine gewisse Rolle spielt[29]. Auch wer seine Gedanken in einem Monolog zum Ausdruck bringt, führt ein Gespräch. Daher darf der Begriff des Gesprächs in Art. 179 bis nicht nur im Sinne einer Zwei- oder Mehrseitigkeit interpretiert werden[30].

3. Zu beachten bleibt m.E., dass nur dann von einem Gespräch im Sinne der Art. 179 bis ff. die Rede sein kann, wenn die Wahl der Worte in einem *Sinnzusammenhang*

27 Vgl. die umfassende Zusammenstellung bei Kainz, a.a.O., S. 67 f.

28 Vgl. Eiseler, a.a.O., S. 1412 f., Hoffmeister, a.a.O., S. 574; Kainz, a.a.O., S. 97 f.; Mönnichs, a.a.O., S. 139; Schmidt Heinrich/Schischkoff Georgi, a.a.O., S. 549 ff.

29 Vgl. Kainz, a.a.O., S. 185 und 193 sowie Bernsdorf/Bülow, a.a.O., S. 516. Diese Funktion des menschlichen Gesprächs lässt Henkel, a.a.O., S. 121 m.E. zu Unrecht ausser Acht.

30 Wer in einer den Voraussetzungen des Art. 179bis entsprechenden Weise belauscht wird, wenn er in seiner Wohnung rezitiert oder den Text eines Liedes vor sich hinsingt, geniesst den strafrechtlichen Schutz ebenso, wie der Belauschte, welcher sich vor Eingriffen sicher wähnt und daher mit seinem Geschäftspartner eine vertrauliche Unterredung führt. Auf Art. 179 bis wird sich auch der Inhaftierte berufen können, dessen Selbstgespräche mittels eines Abhör- oder Tonaufnahmegerätes verfolgt werden. (Die Frage, ob solche Überwachungsmethoden allenfalls auf Grund des besondern Gewaltenverhältnisses, das den Status des Gefangenen kennzeichnet, gerechtfertigt sind, wird später erörtert; vgl. § 16 VII.) Auch Diktate und Referate sind als Gespräche zu betrachten.

mit dem Mitteilungs- oder Äusserungsbedürfnis der sprechenden Person steht[31]. Diese Charakterisierung des Gesprächs erlaubt uns, folgende Abgrenzungskriterien zu schaffen:

a. Nicht als Gespräche im Sinne des Gesetzes sind daher blosse reflexartige Gefühlslaute zu werten, wie das Lallen des Kleinkindes, das Stöhnen des Leidenden oder Sterbenden, sowie irgendwelche Interjektionen und kaum artikulierte Zurufe, die einen innern Zustand des Ausrufers wiedergeben.

Durch den Begriff des Gesprächs werden sodann nicht erfasst die mit einem Instrument oder mit der menschlichen Stimme erzeugten Töne[32], so z.B. das Summen einer Melodie oder das Schnarchen eines Schlafenden.

b. Aber auch das Aussprechen von artikulierten Worten muss nicht immer als Gespräch betrachtet werden. Zu denken wäre hier etwa an das blosse Aneinanderreihen von Worten, deren jedes für sich zwar eine lexikalische Bedeutung hat, die aber keinen Sinnzusammenhang ergeben. Das Aussprechen von sinnentleerten und zusammenhanglosen Worten und Redeteilen, das bei gewissen Formen von Geisteskrankheit[33] eine rein motorische Funktion sein kann, ist nicht als Gespräch zu bezeichnen.

4. a. Wenn wir bei der Beantwortung der Frage, ob eine menschliche Lautäusserung ein Gespräch darstelle, auf den diese Äusserung tragenden Sinnzusammenhang abstellen, kommen wir zu folgendem Schluss:

Eine Formulierung des gesetzlichen Tatbestandes von Art. 179bis StrGB, welche, wie es das Deutsche Strafgesetzbuch vorsieht, statt des Begriffes des Gesprächs denjenigen des *"gesprochenen Wortes"*[34] eingeführt hätte, stünde im Widerspruch zu den hier ausgeführten Überlegungen. Für eine Ausdehnung der Strafbarkeit auf das Abhören und Aufnehmen aller menschlichen Lautäusserungen, besteht kein kriminalpolitisches Bedürfnis[35].

Auch eine an Artikel 179^{quater} StrGB angeglichene Fassung von Artikel 179bis, welche die Auskundschaftung von *Tatsachen* aus dem Geheimbereich eines andern oder einer nicht ohne weiteres zugänglichen Tatsache aus dem Privatbereich eines andern ohne dessen Einwilligung unter Strafe stellte, würde eine entsprechende Ausdehnung der Strafbarkeit herbeiführen und wäre abzulehnen.

b. Wenn auch die heute durch das BG betr. VpG vorgesehene Verwendung des Gesprächsbegriffs andern Fassungen vorzuziehen ist, darf jedoch nicht übersehen werden, dass gerade der Art. 179bis gewisse heimtückische Verhaltensweisen, für deren Bestrafung an und für sich ein kriminalpolitisches Bedürfnis besteht, nicht erfasst[36].

31 Vgl. Hoffmeister, a.a.O., S. 574 und Kainz, a.a.O., S. 199

32 E 1962 S. 331

33 Vgl. dazu die medizinisch-psychologischen Betrachtungen bei Kainz, a.a.O., S. 198 ff.

34 E 1962 S. 42

35 Gerade Henkel, der sich, a.a.O., S. 121, über den monologischen Aspekt des menschlichen Gesprächs hinwegsetzt und dieses nur als Kommunikationsmittel im zwischenmenschlichen Verkehr betrachtet, hätte sich konsequenterweise gegen eine durch die Formulierung "gesprochenes Wort" bewirkte Ausdehnung der Strafbarkeit einsetzen müssen.

36 Schulz, a.a.O., S. 7 bemerkt treffend, dass z.B. die Aufnahmen von menschlichen Äusserungen, die auf Schmerz zurückzuführen sind, im Einzelfall ebenso verwerflich sein können, wie die Aufnahme von Worten.

So gibt der Straftatbestand keine Handhabe für die Bestrafung desjenigen, der am Bett eines Sterbenden ein Mikrophon anbringt, das die Aufnahme der mit dem Ableben verbundenen, nicht als Gespräche zu wertenden Schreie und Ausrufe ermöglicht. Wer Geräusche aufnimmt, die auf ein bestimmtes, durch den Zuhörer beim Abspielen des Bandes ohne weiteres rekonstruierbares Geschehen hinweisen, kann auf Grund des Tatbestandes von Art. 179 bis nicht bestraft werden. So bleibt etwa straflos, wer mit einer Liebesszene verbundene unartikulierte Geräusche auf Band aufnimmt[37] und die Aufnahme an Dritte weitergibt[38]. Solche Verhaltensweisen liessen sich nur mit Hilfe eines sehr weit gefassten Tatbestandes bestrafen[39], der jedoch zu einer übertriebenen Ausdehnung der Strafbarkeit führen würde. Einer klaren Terminologie, d.h. einer klaren Abgrenzung von Gesprächen gegenüber anderen menschlichen Lautäusserungen, ist aber der Vorzug zu geben. Diesem Postulat kommt m. E. die heutige Fassung von Art. 179 bis durchaus nach.

B. Das Tatbestandsmerkmal "fremd"

1. Das durch Art. 179 bis strafbar erklärte Abhören oder Aufnehmen muss sich auf ein *"fremdes* Gespräch" beziehen.

Dem Tatbestandsmerkmal fremd begegnen wir auch im 2. und 13. Titel des StrGB. Es wird jedoch dort der Ausgestaltung und dem Schutzzweck der betreffenden Bestimmungen entsprechend in anderen Sinnzusammenhängen verwendet und fällt für eine analoge Umschreibung des "fremden Gespräches" ausser Betracht.

Die Bezeichnung "fremder Staat" im 13. Titel[40] bezweckt eine Abgrenzung ausländischer Staaten gegenüber dem Inland. Ob ein Staat "fremd" ist, muss nach staats- und völkerrechtlichen Gesichtspunkten entschieden werden.

Nach zivilrechtlichen Kriterien entscheidet sich die Frage, ob eine Sache als "fremd" im Sinne der durch verschiedene Strafbestimmungen des zweiten Teils[41] verwendeten Ausdrucksweise zu betrachten ist. Wenn dort von "fremden beweglichen Sachen" die Rede ist, so sind gemäss sachenrechtlicher Terminologie[42] solche gemeint, die im Eigentum eines andern stehen oder an denen der Täter irgendwelche dinglichen Rechte haben kann (Mit- oder Gesamteigentum etc.). Eine Interpretation der "fremden Gespräche" im Sinne von Art. 179 bis StrGB nach sachenrechtlichen Massstäben ist deshalb unmöglich, weil an Gesprächen kein Eigentum, sachenrechtlich ausgeübt werden kann.

2. Die Begriffsbestimmung des Tatbestandsmerkmals "fremd" lässt sich m. E. aus dem Gesetz selbst ableiten. Dieses bestraft nämlich einerseits denjenigen, der am

37 Bei heutigen Wohnverhältnissen in modernen Wohnkasernen lässt sich eine solche Aufnahme u.U. leicht bewerkstelligen.
38 Vorbehalten bleibt lediglich der privatrechtliche Schutz von Art. 28 ZGB.
39 Auch die Formulierung des § 298 Dt. StGB (E 1962 § 153) stellt keine Grundlage für die Bestrafung solcher Verhaltensweisen dar.
40 Art. 266 bis, 267, 271, 272, 273 und 274 StrGB.
41 Art. 137, 138, 140, 141, 145 und 146 StrGB.
42 Auf diese stellt das Strafrecht hier ab (vgl. Schwander, a.a.O., S. 329).

nichtöffentliches Gespräch, an dem er selber teilnimmt, ohne die Einwilligung seiner Gesprächspartner auf einen Tonträger aufnimmt (Art. 179 ter StrGB). Anderseits bedroht es die Person mit Strafe, die ein nichtöffentliches Gespräch, an dem sie selber nicht teilhat, abhört oder auf einen Tonträger aufnimmt (Art. 179 bis StrGB). Der Täter ist also bezüglich des fraglichen Gesprächs als Aussenseiter zu betrachten. Er verschafft sich mit Hilfe technischer Mittel Kenntnis von einem Gespräch, von dem er ausgeschlossen ist. Das durch ihn abgehörte oder aufgenommene Gespräch ist für ihn m.a.W. *fremd*. Treffend gibt der französische Text den Begriff des fremden Gesprächs wieder, wenn er von einem Gespräch spricht, das vom Täter aus gesehen als eine "conversation non publique *entre d'autres personnes*" geführt wird. Das Gesetz stellt also auf die Beziehung des Täters zu den ein bestimmtes Gespräch führenden Personen ab. Ist diese Beziehung eine enge, d.h. nimmt der Täter selber am Gespräch teil, so ist es für ihn ein eigenes. Für den Täter ist ein Gespräch jedoch dann fremd, wenn die Sprechenden dadurch zu ihm keine Beziehung herstellen. Sie rechnen gar nicht mit seiner Anwesenheit[43] oder mit der Möglichkeit einer Kenntnisnahme durch eine Drittperson.

Es wird im Einzelfall unter Berücksichtigung der nähern Umstände entschieden werden müssen, ob der Täter als Gesprächspartner zu betrachten ist, oder ob ein Gespräch für ihn ein "fremdes" ist[44].

3. Eine weit weniger genaue Differenzierung wäre auf Grund der folgenden Ausgestaltung des objektiven Tatbestandes möglich:

Wer ein nichtöffentliches und *nicht zu seiner Kenntnisnahme* bestimmtes Gespräch . . .

Mit Recht wurde eine solche, wohl in Anlehnung an den E 1962 (§ 183)[45] im Verlaufe der Vorberatungen aufgenommene Fassung fallen gelassen. Danach müsste nämlich, um festzustellen, ob eine berechtigte Kenntnisnahme eines Gesprächs erfolgte oder nicht, auf den Sinngehalt des gesprochenen Wortes abgestellt werden. Dass sich ein solches Vorgehen in der Praxis sehr unbefriedigend auswirken würde, zeigt gerade die nähere Betrachtung des Sachverhaltes, auf den sich die amtliche Begründung des E 1962 abstützte[46]. Ein Kunde ruft den Prokuristen einer Firma an und gibt im Verlaufe des mit diesem geführten Gesprächs eine rechtlich an den Chef gerichtete Erklärung ab (z.B. eine Bestellung). Obwohl der Anrufer damit nicht einverstanden ist, lässt der Prokurist den Chef mithören. Die amtliche Begründung setzt sich nun für die Straflosigkeit eines solchen Verhaltens ein, da die fragliche Äusserung ja ohnehin für den Abhörenden bestimmt sei. Selbst wenn man für die Straflosigkeit eintritt[47], muss diese Argumentation als nicht stichhaltig zurückgewiesen werden. Es lässt sich nämlich leicht denken, dass der Anrufer nebst rein sachlichen,

43 Aber auch für einen mit Einwilligung der Gesprächspartner Anwesenden kann ein Gespräch fremd sein. Dies ist dann der Fall, wenn z.B. dem geladenen Gast ausschliesslich Zuhörerfunktion zukommt, ihm von vornherein die Möglichkeit genommen wird, sich zu dem durch andere geführten Gespräch zu äussern. Die Anwesenheit des Täters ist also nicht ausschlaggebendes Abgrenzungskriterium. So können etwa Kellner, Pagen, Weibel, Bedienstete wohl anwesend sein, ohne jedoch in den Kreis der Gesprächspartner einbezogen zu werden.

44 Vgl. dazu § 12 III A

45 Er bildet die wesentliche Grundlage für den durch Gesetz vom 22.12.1967 ins Dt. StGB eingefügten § 298

46 E 1962, S. 332

47 Sie könnte u. U. gegeben sein, wenn eine Voraussetzung nach Art. 179quinquies vorläge.

für den abhörenden Chef bestimmten Äusserungen, auch solche rein persönlichen Charakters von sich gibt (er möchte sich beispielsweise mit dem ihm gut bekannten Prokuristen über Familienprobleme aussprechen). Im Moment der Äusserung ist es für den Chef aber noch unklar, ob sie zu seiner Kenntnisnahme bestimmt ist oder nicht. Es wird so deutlich, dass eine Unterscheidung nach dem Inhalt des Gesprächs unbrauchbar ist, liessen sich danach jene die Strafbarkeit des Abhörens begründenden Kriterien doch erst nach Beendigung des Gesprächs erkennen[48].

Nichtöffentliche Gespräche sollten diesen Überlegungen zufolge ohne Rücksicht auf ihren Bedeutungsinhalt geschützt werden, d.h. ohne Rücksicht darauf, ob sie für den Abhörenden bestimmt sind oder nicht[49].

C. Öffentlichkeit und Nichtöffentlichkeit eines Gesprächs

1. Der als objektives Tatbestandsmerkmal ausgestaltete Begriff der *"Nichtöffentlichkeit"* muss in Zusammenhang mit demjenigen der *"Öffentlichkeit"*, dessen Negation er darstellt, erörtert werden.

2. Wohl wurden im Verlaufe der Vorarbeiten zum StrGB Versuche unternommen, den Begriff der *Öffentlichkeit* zu definieren[50]. Diese Bestrebungen führten jedoch zu keinem befriedigenden Ergebnis[51]. Es dürfte wegen der Vielgestaltigkeit dieses Begriffs denn auch kaum möglich sein, ihn einheitlich auszugestalten. Mangels einer Legaldefinition tritt uns der Begriff der Öffentlichkeit im Strafrecht in seiner ganzen Vielfalt entgegen[52]:

Er wird zur Beschreibung der Art und Ausführung einer strafbaren Handlung verwendet[53] und dient der Umschreibung des Empfängerkreises einer in Verletzung von Art. 267 StrGB bekannt gemachten Tatsache. Er bezweckt ferner die Hervorhebung der Eigenschaft einer Tatsache[54] und schlägt sich im Prozessrecht in der Öffentlichkeitsmaxime nieder.

Wenn es nicht möglich ist, eine allgemein gültige Umschreibung des in zahlreichen Bedeutungen auftretenden Öffentlichkeitsbegriffs vorzunehmen, so sind zumindest jene nähern Umstände zu beleuchten, unter welchen sich eine Handlung bzw. ein Gespräch abspielt. Dadurch können richtungsweisende Massstäbe für die der Praxis überlassenen Abgrenzung von öffentlichen und nichtöffentlichen Gesprächen gewonnen werden[55].

48 Vgl. Roessler, a.a.O., S. 110 ff.
49 Diesen Vorschlag macht Roessler, a.a.O., S. 159 de lege ferenda im Rahmen einer Kritik bezüglich § 183 E 1962. Vgl. ferner Roskosch, a.a.O., S. 471
50 Protokoll I. Expertenkommission Band 2, Bern 1895, S. 470; Protokoll II. Expertenkommission Band 6, Luzern 1916, S. 192 ff.
51 Hafter, Bes. Teil I, S. 163
52 Vgl. Tanner, a.a.O., S. 13
53 Art. 203, 259, 261/62, 276 StrGB.
54 Art. 110 Ziff. 5 Abs. 2 und 257 StrGB.
55 Zu der in der Literatur verschiedentlich angeregten Differenzierung von öffentlichen und nichtöffentlichen Gesprächen vgl. Henkel, a.a.O., S. 121 und Roessler, a.a.O., S. 152. Der E 1962 hat diese Unterscheidung ebenfalls aufgenommen.

In der Folge sollen nun, ohne dass der Anspruch auf Vollständigkeit erhoben wird, einige wesentliche Abgrenzungskriterien aufgegriffen werden.

3. Der Ort des Gesprächs:

Der Umstand, dass ein Gespräch an einem öffentlichen, d.h. allgemein zugänglichen Ort geführt wird, lässt nicht den verallgemeinernden Schluss zu, es handle sich um ein öffentliches Gespräch. So können mitten auf einem belebten Platz oder in einer der Allgemeinheit zugänglichen Gaststube stattfindende Gespräche durchaus privaten Charakter aufweisen[56]. Da die Öffentlichkeit des Ortes allein noch nicht die Öffentlichkeit eines Gesprächs begründet[57], muss die Feststellung, ob es sich im Einzelfall um ein öffentliches Gespräch handelt oder nicht, unter Berücksichtigung weiterer Begleitumstände erfolgen.

4. Die Wahrnehmbarkeit des Gesprächs:

a. Das an einem öffentlichen Ort geführte Gespräch ist nur dann ein öffentliches, wenn irgendjemand als zufällig hinzukommender Zeuge es *wahrnehmen* kann[58]. Dabei muss der Kreis der wahrnehmenden Personen gar nicht gross sein. Selbst wenn nur ein ganz kleiner Kreis oder im Extremfall gar nur eine Person das Gespräch wahrnimmt, so kann es trotzdem öffentlich sein[59]. Begriffsnotwendig ist lediglich der für jedermann *freie Zutritt*[60] *zum Ort des Gesprächs verbunden mit der hindernislosen Wahrnehmungsmöglichkeit.*

Um öffentliche Gespräche handelt es sich somit in all den Fällen, wo Äusserungen, die, bestimmungsgemäss an einen unbestimmten Kreis[61] von Personen gerichtet, ohne weiteres hörbar sind.

Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang etwa an ein breites Publikum gerichtete Ansprachen. Gespräche, mit denen sich die Beteiligten nicht bewusst an die Öffentlichkeit wenden, sind dann als öffentlich zu betrachten, wenn sie unter Umständen erfolgen, die zeigen, dass mit einem unbestimmten Zuhörerkreis gerechnet werden muss. Unterhalten sich beispielsweise zwei Personen in einem Eisenbahnabteil so laut, dass der Inhalt des Gesprächs durch Mitreisende ohne weiteres wahrgenommen werden kann, so hat diese Unterredung öffentlichen Charakter[62].

56 Die Abgeschlossenheit eines Raumes ist also keineswegs begriffsnotwendig. Über praktische Verwendungsmöglichkeiten von Richtmikrophonen, die sich für das Abhören der im Freien geführten Gespräche eignen, vgl. § 5 II.

57 Der Grundsatz kann analog zu der in der schweizerischen Doktrin herausgebildeten Auffassung entwickelt werden, wonach für den Begriff der Öffentlichkeit einer strafbaren Handlung das Merkmal des "öffentlichen Ortes" nicht entscheidend ist (Tanner, a.a.O., S. 18, mit Literaturangaben betr. das ausländische Recht).

58 So die herrschende Meinung. Vgl. insbesondere Hafter, Bes. Teil I, S. 163; Tanner, a.a.O., S. 21 und BGE 78 IV 165 E 4, 89 IV 131 und 134, 90 IV 205 E 2.

59 Thormann / Overbeck, a.a.O., S. 221

60 Dieser besteht auch dann, wenn er von der Entrichtung eines Eintrittsgeldes abhängig gemacht wird. Z. B. bei einem öffentlichen Vortrag.

61 Die Unbestimmbarkeit des Zuhörerkreises ist aber nicht begriffsnotwendig. Die in der deutschen Literatur und Rechtsprechung oft verwendete Ausdrucksweise, wonach die Wahrnehmungsmöglichkeit durch unbestimmt viele Personen gegeben sein muss, geht zu weit. Vgl. SJZ 53 (1957), S. 57

62 Hier handelt es sich um einen unbestimmten Zuhörerkreis. Er kann wohl zeitweise beschränkt sein, der Mitfahrerkreis in einem öffentlichen Verkehrsmittel ist jedoch einem ständigen Wechsel unterworfen.

b. Der Öffentlichkeitscharakter entfällt jedoch, sobald die Hörbarkeit eines Gesprächs nur durch den Einsatz *besonderer technischer Mittel,* wie Mikrophone, oder infolge Beseitigung von Hindernissen gewährleistet ist.

Daran ändert sich auch dann nichts, wenn der *freie Zutritt* zum Ort des Gesprächs *besteht.* Das in einer jedermann ohne weiteres zugänglichen Gaststube geführte Gespräch ist nicht öffentlich, wenn es nur unter Einsatz technischer Hilfsmittel – etwa durch ein unter der Tischplatte oder in der nähern Umgebung verstecktes Mikrophon – für einen daran Nichtbeteiligten hörbar gemacht werden kann.

c. *Besteht ein freier Zutritt* zum Ort des Gesprächs *nicht*, ist dieses aber trotzdem für beliebige Dritte ohne weiteres hörbar, so zeigen sich zwei Möglichkeiten:

Um ein *öffentliches Gespräch* handelt es sich dann, wenn der Zutritt nur aus organisatorischen oder platztechnischen Gründen nicht gegeben ist. Der Andrang zu einer Rede im Freien oder zu einem nur für eine beschränkte Zuhörerzahl Platz bietenden Saal, kann so gross sein, dass sich eine Übertragung mittels einer Lautsprecheranlage aufdrängt.

Um ein *nichtöffentliches Gespräch* handelt es sich in jenem Fall, wo der freie Zutritt nicht besteht, weil sich die belauschten Personen von der Öffentlichkeit abgesichert und bewusst zurückgezogen haben. Infolge eines technischen Mangels oder anderer für die Sprechenden unvorhergesehenen Umstände kann jedoch ihr Gespräch in der Öffentlichkeit hörbar werden. Dieser Fall tritt beispielsweise ein, wenn eine Person des öffentlichen Lebens über den Rundfunk eine Ansprache hält und gewisse Teile eines rein privaten Gesprächs, das sie im Studio führt, durch technisches Versagen irrtümlicherweise ebenfalls ausgestrahlt werden[63].

Wenn sich Gesprächspartner in einen von der Öffentlichkeit abgegrenzten Raum zurückziehen und ihr in *normaler Lautstärke* geführtes Gespräch von jedem Passanten ohne weiteres gehört werden kann, so handelt es sich deswegen nicht um ein öffentliches Gespräch. Wohl mag die Wahrnehmbarkeit für einen unbestimmten Personenkreis gegeben sein. Durch die Tatsache, dass sich die Sprechenden von der Öffentlichkeit absondern und sich u.U. in einem geschlossenen Raum einschliessen, geben sie zu erkennen, dass sie nicht gewillt sind, der Allgemeinheit den Zutritt zu ihrer Unterhaltung zu gewähren. Wer also vor dem fraglichen Raum ein Tonbandgerät aufstellt, um die Unterhaltung festzuhalten, der macht sich nach Art. 179 bis StrGB strafbar[64].

5. Die persönlichen Beziehungen der Gesprächspartner untereinander:

a. Ob die Öffentlichkeit eines Gesprächs gegeben ist oder nicht, wird weitgehend nach der Intensität der zwischen den Gesprächspartnern bestehenden persönlichen Beziehungen zu entscheiden sein. Das Vorliegen enger persönlicher Beziehungen

63 Vgl. Bussmann, a.a.O., S. 27

64 Nicht strafbar ist jedoch, wer auf diese Art ein Gespräch aufnimmt, das durch solche von der Allgemeinheit räumlich abgesonderte Personen in einer *übermässigen*, nicht üblichen *Lautstärke* geführt wird (z. B. anlässlich eines Familienfestes in übermässiger Lautstärke erfolgende Äusserungen können in der Nachbarschaft ohne weiteres hörbar sein und dürfen festgehalten werden). Wer aber als Aussenstehender ein Mikrophon in dem Raum anbringt, in welchem sich die Festlichkeiten abspielen, der verschafft sich Zugang zu sämtlichen Gesprächen, also auch zu denjenigen, die ausserhalb der fraglichen Räumlichkeiten nicht ohne weiteres hörbar sind. Er macht sich daher nach Art. 179bis StrGB strafbar.

wurde verschiedentlich als Voraussetzung für den Ausschluss der Öffentlichkeit einer Handlung betrachtet[65]. Über die Art dieser die Öffentlichkeit ausschliessenden Beziehungen gaben die schweizerische Doktrin und Praxis bisher keine Anhaltspunkte. Es soll hier nun versucht werden, einige Kriterien aufzuzeigen, welche die Unterscheidung von öffentlichen und nichtöffentlichen Gesprächen auf Grund der Intensität solcher persönlicher Beziehungen erlauben.

Ein Gespräch, das innerhalb eines engen, in sich geschlossenen Personenkreises geführt wird, ist als nichtöffentlich zu betrachten. Sobald jedoch die Personenmehrheit nicht von einem innern Band wechselseitiger Beziehungen gekennzeichnet ist, handelt es sich um ein öffentliches Gespräch. In diesem Fall tritt der einzelne Gesprächspartner nämlich aus der Zurückgezogenheit seiner Persönlichkeit heraus[66] und muss sich die Fixierung seiner Äusserungen durch Drittpersonen gefallen lassen. Es wird fallweise abzuklären sein, ob ein innerer, durch persönliche Beziehungen gekennzeichneter Zusammenschluss der Gesprächspartner besteht oder nicht.

b. So sind jene Gespräche, die unter eng miteinander verbundenen Personen eines Familien- oder Bekanntenkreises oder in einer geschlossenen Gesellschaft[67] geführt werden, in der Regel nichtöffentlich[68]. Wer dagegen seine Stimme in einer der Allgemeinheit zugänglichen Wahlversammlung oder anlässlich einer Massenkundgebung erhebt, sucht die Öffentlichkeit, er wendet sich nicht an einen Gesprächspartner oder an einen geschlossenen Kreis von solchen. Seine Äusserungen stellen öffentliche Gespräche dar. Die Abgrenzungskriterien dürften jedoch nicht durchwegs so leicht zu gewinnen sein.

c. Sind die im Verlaufe einer Vereins-, Partei- oder Generalversammlung erfolgten Äusserungen zu kategorisieren, so wird vor allem die Analyse über den Aufbau und die Organisation der anwesenden Personengruppe über die zwischen ihren einzelnen Mitgliedern bestehenden persönlichen Beziehungen Aufschluss geben[69].

Sicher stellt die unter Umständen in Anwesenheit von Pressevertretern geführte und für eine breite Öffentlichkeit bestimmte Parteirede ein öffentliches Gespräch dar, während eine rein parteiinterne Diskussion in der Regel einem engen Kreis von Mitgliedern vorbehalten bleiben soll. Der heimlich oder mit Einwilligung der Gesprächspartner anwesende, von der aktiven Teilnahme aber ausgeschlossene Zuhörer, der das in einer geschlossenen Parteiversammlung geführte Gespräch mit besondern technischen Hilfsmitteln abhört oder auf einen Tonträger aufnimmt, macht sich strafbar.

d. Verhältnismässig ausgiebig wurde im Verlauf der Vorarbeiten zum BG betr. VpG die Frage diskutiert, ob das in einem Wirtshaus geführte Gespräch öffentlich sei oder nicht. Man wird der Beantwortung dieser Frage folgende Differenzierung zugrunde legen müssen:

65 Vgl. Tanner, a.a.O., S. 61, mit Hinweisen auf die schweizerische und deutsche Rechtsprechung und Doktrin.
66 Henkel, a.a.O., S. 121
67 Vgl. RStrS 1957 Nr. 63, S. 36 und SJZ 53 (1957), S. 57
68 Öffentlich können sie dann werden, wenn beispielsweise eine für den engen Familienkreis bestimmte Auseinandersetzung auf öffentlicher Strasse und in einer Lautstärke erfolgt, dass jeder Passant ohne weiteres vom Inhalt des Gesprächs Kenntnis erhalten kann.
69 Vgl. Strasser, a.a.O., S. 35, und Tanner, a.a.O., S. 63

Ein enges Band persönlicher Beziehungen besteht zwischen Personen, die sich von den übrigen Gästen absondern, indem sie zum Zwecke gegenseitiger Aussprache einen der Allgemeinheit nicht offenstehenden Raum aufsuchen. Die unter Ausschluss von Drittpersonen geführten Gespräche sind sicherlich nichtöffentlicher Natur.

Führen zwei oder mehrere Personen in einer der Allgemeinheit zugänglichen Gaststube ein Gespräch, so ist dieses dann als nichtöffentlich zu betrachten, wenn die Gesprächspartner durch ihr Verhalten kundtun, dass sie nicht gewillt sind, weitere Personen an ihrer Unterhaltung teilhaben zu lassen. Die Sprechenden unterhalten sich daher in einem den akustischen Verhältnissen der Räumlichkeiten entsprechenden normalen Tonfall. Je nach der Anordnung der Tische und Sitzgelegenheiten können sich die Gesprächspartner aber auch gezwungen sehen, ihr Gespräch im Flüsterton zu führen.

Das *Verhalten der Gesprächsteilnehmer* lässt also Rückschlüsse auf die Intensität der zwischen ihnen bestehenden persönlichen Beziehungen zu. Wer somit in der Gaststube, etwa am Stammtisch, so laut spricht, dass ihn jede anwesende Person ohne weiteres hören kann, der führt ein öffentliches Gespräch.

e. Auch wenn der Zutritt zu einem Gespräch abhängig gemacht wird von der Erfüllung gewisser Bedingungen, braucht die Öffentlichkeit davon nicht ausgeschlossen zu sein. Solche Bedingungen müssen den Kreis der Zutrittsberechtigten nämlich keineswegs derart beschränken, dass zwischen ihnen eine enge persönliche Verbundenheit entsteht. Eine Ansprache, die anlässlich einer religiösen Veranstaltung in einer der Allgemeinheit offenstehenden Kirche gehalten wird, ist selbst dann öffentlich, wenn nur Angehörige einer bestimmten Konfession zugelassen sind. Da der Kreis der möglichen Besucher nicht in dem Masse eingeengt ist, dass eine durch besonders enge persönliche Beziehungen gekennzeichnete Gruppe besteht, entfällt die Öffentlichkeit nicht[70].

f. Einer differenzierteren Beantwortung bedarf die Frage, ob Universitätsvorlesungen als öffentlich oder nichtöffentliche Gespräche zu betrachten seien. Der Besuch solcher Veranstaltungen wird ja in der Regel ebenfalls von der Erfüllung gewisser recht verschiedenartiger Voraussetzungen abhängig gemacht. Man wird hier folgende Fallgruppen unterscheiden müssen[71]:

aa. Wendet sich ein Dozent mit seinem Vortrag – sein Monolog stellt m.E. ein Gespräch dar[72] – an eine Hörerschaft, die sich nicht nur aus Studenten, sondern aus einem breiten Publikum zusammensetzt, so ist sein Gespräch auch dann ein *öffentliches*, wenn der Zutritt von der Entrichtung eines Eintrittsgeldes abhängig gemacht wird. Eine Verfolgung desjenigen, der das Gespräch des Referenten ohne dessen Einwilligung auf Tonband aufnimmt, wäre allenfalls nur unter urheberrechtlichen Gesichtspunkten möglich.

70 Die Sachlage ist anders zu beurteilen, wenn sich beispielsweise ganz bestimmte Personen, wie etwa einige Familien, in einer Glaubensgemeinschaft zusammenschliessen und religiöse Veranstaltungen hinter geschlossenen Türen abhalten.

71 Der hier vertretenen Differenzierung verschliesst sich Lang, a.a.O., S. 47, wenn er behauptet, die Universitätsvorlesung gehöre schlechthin der Privatsphäre des Dozenten an. Bei der Begriffsbestimmung der Privatsphäre folgt er Hubmann (vgl. oben § 2 II A). Lang verkennt, dass Vorlesungen je nach Sachlage verschiedenen Persönlichkeitsbereichen angehören können. Die Tatsache, dass der Student sich in einem "besondern Gewaltverhältnis" zur Universität als einer Anstalt des öffentlichen Rechts befindet, beeinflusst die hier zur Diskussion stehende Differenzierung keineswegs.

72 Vgl. oben II A

bb. Gleich zu beurteilen ist folgender Fall:
Der Dozent wendet sich im Rahmen einer regulären Vorlesung an einen mehr oder weniger grossen Kreis immatrikulierter Studenten. Dabei kümmert er sich nicht um die Zusammensetzung seiner Zuhörerschaft, die aus Angehörigen einer einzigen oder verschiedener Fakultäten bestehen kann.

cc. Der Dozent kann jedoch den Besuch der durch ihn geleiteten Veranstaltung von der Erfüllung spezieller Bedingungen abhängig machen. Wenn er etwa den Kreis der Teilnehmer beschränkt, indem er den Zutritt nur solchen Kommilitonen erlaubt, die gewisse Examina bestanden haben, so entfällt der Öffentlichkeitscharakter. Der Dozent gibt zu erkennen, dass er nicht gewillt ist, seine Äusserungen einem unbestimmten Kreis von Studenten, denen möglicherweise gewisse Sachkenntnisse fehlen, zugänglich zu machen. Sowohl die vom Dozenten als auch die von Teilnehmern im Rahmen solcher von engen Beziehungen gekennzeichneten Vorlesungen oder Spezialseminarien geführten Gespräche sind *nichtöffentlicher Art.*

6. Der Inhalt des Gesprächs:

Der von einem Sinnzusammenhang getragene *Inhalt* eines abgehörten oder aufgenommenen Gesprächs kann bereits einer Vielzahl von Personen bekannt sein. Es muss sich keineswegs um ein Geheimnis, also um Tatsachen aus dem Geheimbereich einer Person handeln. Auch Tatsachen, die bereits jedermann bekannt sind, können Gegenstand eines nichtöffentlichen Gesprächs sein. Der Sprechende kann ohne weiteres zu erkennen geben, oder dies kann aus andern Umständen hervorgehen, dass er nicht will, dass ein Gespräch, welches einen Stadtklatsch beinhaltet, der Allgemeinheit zugänglich gemacht werden soll. Die Umstände, unter denen ein Gespräch geführt wird, geben in der Regel entscheidende Anhaltspunkte für die Abgrenzung öffentlicher und nichtöffentlicher Gespräche. Jedoch kann auch der Inhalt eines Gesprächs ein Indiz für dessen Vertraulichkeit sein. Sprechen zwei Personen miteinander über ihre Eheprobleme, so deutet der Inhalt des Gesprächs darauf hin, dass er nicht für eine breite Öffentlichkeit bestimmt ist. Auch wenn sich die Gesprächspartner in solcher Lautstärke unterhalten, dass ein Dritter das Gespräch mithören kann, so muss diesem das Recht abgesprochen werden, eine Tonaufnahme herzustellen.

7. Wir haben festgestellt[73], dass der persönliche Geheimbereich als Schutzgut des BG betr. VpG sowohl Tatsachen aus dem Geheimbereich als auch aus dem der Allgemeinheit nicht ohne weiteres zugänglichen Teil des Privatbereichs umfasst. Wenn auch Art. 179 bis StrGB nicht von den einzelnen schützenswerten Bereichen spricht, so darf doch aus dem der gesetzlichen Regelung zugrundeliegenden Schutzzweck gefolgert werden, dass die nichtöffentlichen Gespräche einem dieser beiden angehören müssen. Gespräche, die sich ausserhalb des Geheimbereichs oder des nicht jedermann ohne weiteres zugänglichen Teils des Privatbereichs abspielen, geniessen keinen strafrechtlichen Schutz. Sie gehören entweder dem jedermann ohne weiteres zugänglichen Teil des Privatbereichs oder dem Gemeinbereich an und sind im Sinne von Art. 179 bis öffentlich. Die Kriterien, auf welchen die Abgrenzung zwischen öffentlichen und nichtöffentlichen Gesprächen beruht, erleichtern die Zuordnung eines bestimmten Gesprächs zu einem bestimmten Persönlichkeitsbereich.

73 § 9 VI

III. Die Täterhandlung

A. Der Täter

1. Jedermann kann grundsätzlich Täter sein. Das vom Täter abgehörte, aufgenommene oder in irgendeiner Form verwertete[74] Gespräch ist für ihn *fremd*. Die Erläuterung dieses Tatbestandsmerkmales[75] ergibt daher wesentliche Anhaltspunkte für die Umschreibung des Kreises möglicher Täter.

2. Täter im Sinne von Art. 179bis ist stets nur, wer am fraglichen Gespräch nicht beteiligt, d.h. in keiner Weise in den Kreis der daran aktiv Beteiligten integriert ist[76].

B. Die strafbaren Handlungen[77]

1. Nach Abs. 1 macht sich strafbar, wer ein fremdes nichtöffentliches Gespräch, ohne die Einwilligung aller daran Beteiligten,

– *mit einem Abhörgerät abhört* oder
– *auf einen Tonträger aufnimmt.*

Dieser Tatbestand trägt der zweifachen Möglichkeit einer Auskundschaftung fremder Gespräche mit technischen Hilfsmitteln Rechnung.

a. Das Abhören mit Abhörgeräten:
Der Täter kann sich Kenntnis verschaffen von einem Gespräch, indem er ein drahtgebundenes oder drahtloses Abhörgerät[78] einsetzt. Die durch ein Mikrophon aufgefangenen Schallwellen werden dabei *nicht fixiert*, sondern der Abhörende vernimmt das Gespräch durch einen Lautsprecher oder einen Kopfhörer.

Eines Abhörens mittels Abhörgeräten gemäss Abs. 1 von Art. 179bis macht sich etwa ein Unternehmer strafbar, der in die Bureaux seines Betriebes Mikrophone einbaut, die das Abhören der Gespräche seiner Angestellten erlauben.

b. Das Aufnehmen auf Tonträger:
Vielfach begnügt sich der Täter nicht mit dem blossen Abhören eines Gespräches, sondern er will es auf einem Tonträger[79] *festhalten*. Dieses Vorgehen bietet ihm vor allem im Hinblick auf eine spätere Auswertung Vorteile. Der Täter ist nicht mehr auf sein Gedächtnis angewiesen, sondern hat die Möglichkeit, durch wiederholtes Abspielen der Aufnahme sich des Gesprächsinhaltes zu vergewissern. Er kann nicht nur die auf Grund der Aufnahme gewonnenen Kenntnisse weitervermitteln, sondern er verfügt über die authentische Aufnahme und kann diese selbst weitergeben.

74 Der Ausdruck soll im folgenden als Sammelbegriff für die noch zu erörternden Termini, die das Gesetz gebraucht, verwendet werden.
75 Vgl. die Begriffsbestimmung § 11 II B
76 Darin liegt der wesentliche Unterschied zu Art. 179 ^{ter}. Vgl. zur Differenzierung bezüglich des Täterkreises § 12 III A
77 An dieser Stelle wollen wir uns vor allem mit dem systematischen Aufbau des Straftatbestandes befassen, um dann unter Ziff. VIII auf die praktische Anwendungsmöglichkeit einzugehen.
78 Vgl. zum Begriff des Abhörgerätes § 5
79 Zum Begriff des Tonträgers vgl. § 6

Tatbestandsmässiges Aufnehmen eines Gesprächs auf einen Tonträger liegt etwa vor, wenn die Ehefrau ein Telephongespräch zwischen ihrem Mann und dessen Freundin auf ein Tonband aufnimmt.

c. Die technische Ausgestaltung der Geräte, die zum Zwecke des Eingriffs in den persönlichen Geheimbereich missbraucht werden können, hat die in Abs. 1 vorgesehene Alternative aufgedrängt. Hätte man sich nämlich mit einem Tatbestand begnügt, der nur das Abhören von Gesprächen mittels Abhörgerät bestraft, so bliebe das Aufnehmen straflos. Umgekehrt bliebe das Abhören straflos, wenn nur das Aufnehmen auf einen Tonträger erfasst worden wäre. Die technischen Gegebenheiten gebieten also die vorgesehene Zweiteilung der strafbaren Verhaltensweisen.

d. Wer ohne technische Hilfsmittel fremde nichtöffentliche Gespräche belauscht, kann nach Abs. 1 nicht bestraft werden. Der Horcher an der Wand handelt wohl in Verletzung guter Sitten, bleibt jedoch straflos, sofern er nicht etwa die Voraussetzungen des Hausfriedensbruchs erfüllt[80]. Ein solches Abhorchen, das ohne den Einsatz besonderer technischer Mittel erfolgt, muss hingenommen werden[81]. Wer sein Gespräch der Wahrnehmung neugieriger Horcher entziehen will, hat selber für entsprechende Vorkehren zu sorgen. Setzt der Horcher aber technische Mittel ein, welche die getroffenen Vorsichtsmassnahmen einer sich belauscht fühlenden Person illusorisch machen, so ist er gemäss Art. 179 Abs. 1 strafbar[82].

Straflos bleibt, wer ein fremdes nichtöffentliches Gespräch, das er ohne Zuhilfenahme besonderer technischer Mittel abhört, mitstenographiert. Die schriftliche Niederlegung verschafft nicht in dem Masse die Möglichkeit der Wiederholung, wie eine Tonaufnahme. Im Stenogramm ist wohl das Gespräch enthalten, jedoch fehlen die Genauigkeit des Ausdrucks und die sich in der Stimme niederschlagende Gemütsbewegung, die eine Tonaufnahme wiedergibt. Auch ist bei einer schriftlichen Niederlegung die Verbreitungsgefahr viel geringer, weil es bedeutend einfacher ist, ein Gespräch auf Band aufzunehmen und es anschliessend niederzuschreiben oder die authentische Aufnahme direkt weiterzuverbreiten[83]. Auf Grund ähnlicher Überlegungen ist auch der Beizug eines mithörenden "Zeugen" straflos.

2. Nach *Abs. 2* macht sich strafbar, wer eine Tatsache, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie auf Grund einer nach Abs. 1 strafbaren Handlung zu seiner Kenntnis gelangte,

- *auswertet* oder
- *einem Dritten bekanntgibt.*

a. Vorbemerkung:
In der Regel wird jemand, der ein Gespräch abgehört oder auf einen Tonträger aufgenommen hat, dessen Verwertung beabsichtigen. Würde nun überhaupt erst diese Ver-

80 Im alten deutschen Recht wurde der Horcher an der Wand schlechthin wegen Hausfriedensbruchs bestraft (vgl. Giesker, a.a.O., S. 44). Roessler, a.a.O., S. 154 weist auf ältere Gesetzbücher hin, welche diese Verhaltensweise bestraften.

81 Vgl. BGE 44 II 319 f.: Der Mieter einer Etagenwohnung, der systematisch alle in einer Nachbarwohnung geführten Gespräche abhört, bleibt straflos. (Das Weitererzählen des Abgehörten kann jedoch als üble Nachrede oder Verleumdung strafbar sein.)

82 Vgl. im folgenden IV

83 Bussmann, a.a.O., S. 47

wertung bestraft, so bliebe straflos, wer sich nur auf das Abhören oder Aufnehmen beschränken würde. Im Falle der Beschlagnahmung von Geräten würde er wohl die Absicht bestreiten, den Inhalt der Gespräche verwerten zu wollen. Eine Widerlegung dürfte kaum möglich sein[84]. Wollte man anderseits jedoch nur das Abhören und Aufnehmen allein mit Strafe bedrohen, so bliebe jede Verwertungshandlung straflos. Der durch rechtswidrig abgehörte oder aufgenommene Gespräche entstehende Schaden aktualisiert sich nun aber für den Betroffenen möglicherweise erst dann, wenn das in Erfahrung Gebrachte ausgewertet, der Öffentlichkeit oder bestimmten Drittpersonen mitgeteilt wird. Es ist daher ohne Zweifel sinnvoll, sowohl das Abhören und das Aufnehmen, als auch verschiedenste Verwertungshandlungen zu bestrafen. Bezüglich der Strafwürdigkeit der einzelnen Verwertungshandlungen bestehen aber keine einheitlichen Vorstellungen.

So bestraft etwa das deutsche Recht nur die Tonwiedergabe gegenüber Drittpersonen und jene Handlungen, durch welche unberechtigt hergestellte Aufnahmen Dritten zugänglich gemacht werden (d.h. ihrem Zugriff in der Weise eröffnet werden, dass sie die Möglichkeit haben, die Aufnahmen sich selbst oder andern gegenüber wiederzugeben oder wiedergeben zu lassen). Die *blosse Mitteilung* des Inhaltes solcher Aufnahmen *wird nicht erfasst.* Der Gesetzgeber will lediglich die Weiterverbreitung eines authentischen Gesprächs – er nennt dies "Unmittelbarkeit des Eingriffs in die Privatsphäre des Sprechers"[85] – bestrafen. Da seiner Ansicht nach nur gerade der Klang des gesprochenen Wortes die Berührung mit der Persönlichkeit des Sprechers vermittelt, sollen blosse Mitteilungen des Gesprächsinhaltes straflos bleiben. Dies hat zur Folge, dass eine Verwertung der mit einem Abhörgerät unberechtigterweise abgehörten Gespräche im Sinne des Gesetzes gar nicht strafbar ist.

Eine solche Ansicht mit den Folgen, die sich daraus ergeben, könnte der gesetzlichen Regelung von Art. 179 ^{bis} nicht zugrunde gelegt werden. Sie stünde im Widerspruch zur Charakterisierung des persönlichen Geheimbereichs, jenes Gutes also, welches durch das BG betr. VpG geschützt wird. Dieser Bereich dient ja nicht nur dem Schutz der menschlichen Stimme als einem Teil der Persönlichkeit, sondern er umfasst grössere Teile des menschlichen Lebensbereiches mit allen ihm zugehörigen *Tatsachen.* Daher darf das Strafrecht nicht allein die Wiedergabe einer in Verletzung von Art. 179 ^{bis} Abs. 1 hergestellten Tonaufnahme unter Strafe stellen, sondern muss auch andere Verwertungsmodalitäten erfassen. So muss auch die Weiterverbreitung des von der Stimme des Sprechers unabhängigen Inhaltes einer solchen Aufnahme wie auch die Verwertung eines mittels Abhörgerät verfolgten Gesprächs geahndet werden.

Für die Bestrafung verschiedenster Verwertungsmodalitäten sprechen noch weitere Gründe:

Durch gewisse Arten der Weiterverbreitung des Inhaltes abgehörter oder aufgenommener Gespräche wird die Verletzung des persönlichen Geheimbereichs intensiviert. So ist es durchaus denkbar, dass der Inhalt einer Tonbandaufnahme niedergeschrieben wird. Mit Hilfe der Druckerpresse ist es so möglich, ein geheimes Gespräch einem unbestimmt grossen Kreis von Personen bekanntzugeben. Auch wer

84 Roessler, a.a.O., S. 150
85 Vgl. Amtliche Begründung E 1962, S. 332

eine Tonbandaufnahme in einer Rundfunksendung verwendet, gelangt an die breite Öffentlichkeit. Diese Art der Weiterverbreitung kann m.E. ein weitaus grösseres kriminelles Unrecht darstellen, als das blosse Abspielen des Tonbandes vor einer einzigen Person.

Wenn die blosse Mitteilung von Tatsachen, die auf Grund rechtswidrigen Abhörens oder Aufnehmens erlangt wurden, straflos bliebe, entstünde somit eine empfindliche Lücke im Gesetz. Dies würde sich schliesslich auch rein gesetzestechnisch negativ auswirken, führte sie doch zu einer Diskrepanz zwischen den Artikeln 179 bis und 179 Abs. 2.

Der Forderung nach möglichst umfassender Bestrafungsmöglichkeit[86] verschiedener Verwertungsmodalitäten rechtswidrig abgehörter oder aufgenommener Gespräche kommt Art. 179 bis Abs. 2 nach.

b. Beziehen sich nämlich die in Abs. 2 als strafbar erklärten Handlungen auf "Tatsachen", so trägt seine Formulierung den durch die technischen Verletzungsmöglichkeiten des persönlichen Geheimbereichs vorgezeichneten Gegebenheiten Rechnung.

Strafbar ist danach:

aa. Wer den mittels *Abhörgerät* ausgekundschafteten Gesprächsinhalt auswertet oder einem Dritten bekanntgibt.

bb. Wer den mittels eines *Tonträgers* festgehaltenen Gesprächsinhalt auswertet oder einem Dritten bekanntgibt.

Es ist also ersichtlich, dass der Inhalt einer Tonaufnahme als Tatsache im Sinne von Abs. 2 zu betrachten ist. Die Verwertung der durch Tonaufnahmegeräte fixierten Gespräche kann sowohl den Straftatbestand von Abs. 2, als auch denjenigen von Abs. 3 erfüllen. Die Verwertung der durch Abhörgeräte abgehörten Gespräche ist jedoch lediglich gemäss Abs. 2 strafbar. Bezüglich Variante aa) wäre Straflosigkeit gegeben, wenn statt von "Tatsachen" nur von "Aufnahmen" die Rede wäre[87].

c. Zwischen den beiden Verwertungsformen *"Auswerten"* und *"einem Dritten bekanntgeben"* besteht m. E. folgender Unterschied:

aa. Ein Auswerten der abgehörten oder aufgenommenen Tatsachen besteht darin, dass der Täter[88] sich oder einem andern mit ihrer Hilfe irgendeinen Vorteil verschafft. Deutlich kommt dies im französischen Gesetzestext zum Ausdruck, der das Auswerten mit *"tirer profit"* wiedergibt. Dabei muss es sich keineswegs um einen geldwerten Vorteil handeln. Er kann etwa darin bestehen, dass durch die Auswertung abgehörter oder aufgenommener Tatsachen die Beweislage in einem Prozess verbessert wird[89]. Wer durch Weitererzählen abgehörter Fakten seine gesellschaftliche Stellung ausbaut, kann sich ebenso des Auswertens schuldig machen, wie derjenige, der die gewonnenen Erkenntnisse gegen Entgelt weitergibt. Dies soll durch den folgenden Fall veranschaulicht werden:

Im Zuge eines Wahlkampfes spielen Angehörige einer Partei, den Wählern eine Tonbandaufnahme vor, welche anlässlich einer nichtöffentlichen Veranstaltung der Gegenpartei widerrechtlich hergestellt wurde. Diese Aufnahme ist nun dazu geeignet,

86 In der Literatur vor allem durch Henkel angestrebt (a.a.O., S. 123)
87 So E 1962 § 183
88 Vgl. Näheres zum Täterkreis unter lit. f
89 Vgl. BGE 88 IV 145 ff. Zu den prozessrechtlichen Fragen vgl. im einzelnen § 22

das Vertrauen des Wählers in einen Kandidaten zu schädigen, wenn dieser sich in einer Weise geäussert hat, die seine Qualitäten zweifelhaft erscheinen lässt.

Ist die Weiterverbreitung nicht von einem Streben nach Geldwerten oder andern Vorteilen getragen, so kann nicht von einem Auswerten gesprochen werden. Der Täter, welcher Aufnahmen abspielt um der Unterhaltung willen oder um die Neugierde eines andern zu stillen, der macht sich eines Bekanntgebens an Dritte schuldig.

bb. Während ein Bekanntgeben an Dritte stets eine Weitergabe der fraglichen Tatsache selbst bedingt, kann ein Auswerten auch auf andere Art erfolgen. Es kann nämlich im Unterlassen oder im Begehen gewisser Handlungen bestehen. Wer etwa ein Gespräch zwischen Geschäftsleuten abhört, die ihn konkurrenzieren, kann sich veranlasst sehen, seine Produktion in einer ganz bestimmten Richtung zu forcieren. Der Abhörende macht sich also die abgehörten Tatsachen für die Wahrung seiner Interessen im Konkurrenzkampf dienstbar.

d. In Berücksichtigung der unter lit. c gemachten Ausführungen muss im Einzelfall abgeklärt werden, ob eine bestimmte Verhaltensform als "Auswerten" oder "Bekanntgabe von Tatsachen an Dritte" zu betrachten ist. Dabei dürften folgende Überlegungen wegleitend sein:

aa. Das *Weitererzählen* abgehörter oder aufgenommener Tatsachen kann sowohl ein Auswerten als auch eine Bekanntgabe an Dritte darstellen. Als Weitererzählen sind all jene Formen der Weiterverbreitung zu betrachten, die nicht ein Abspielen der authentischen Tonaufnahme darstellen (Niederschreiben zum Zwecke der Verbreitung[90], Druck, Telegraphie, Funk etc.).

bb. Gleich verhält es sich bei der Weitergabe von aufgenommenen Tatsachen durch *Abspielen von Tonaufnahmen* oder durch ihr Überspielen auf den Tonträger eines Dritten[91].

Im folgenden Fall kann beispielsweise – je nachdem, was der Täter sich von seinem Vorhaben verspricht –, ein Auswerten oder eine Bekanntgabe an Dritte vorliegen:

Der Täter überträgt, ohne eine Tonaufnahme herzustellen, ein durch ihn abgehörtes, fremdes nichtöffentliches Gespräch über eine Lautsprecheranlage direkt an die Öffentlichkeit.

cc. Gewisse Verhaltensformen stellen zwar ein Auswerten von Tatsachen, nicht aber eine Bekanntgabe an Dritte dar. So macht sich des Auswertens schuldig, wer in Kenntnis von widerrechtlich aufgenommenen Tatsachen sein Verhalten im Konkurrenzkampf bestimmt. Eine Bekanntgabe an Dritte erfolgt jedoch dadurch nicht.

e. Von Abs. 2 *nicht erfasst* werden folgende Handlungen:

aa. Wer die von *ihm* selber in Verletzung von Abs. 1 aufgenommene Tonaufnahme abspielt, um sie sich selber anzuhören. Sofern damit keine auf einen Vorteil abzie-

90 Auch wer den Gesprächsinhalt durch Darsteller in einem Theaterstück unter Bezugnahme auf die abgehörten Personen wiedergeben lässt, macht sich eines Auswertens schuldig. Art. 179 bis Abs. 2 bietet jedoch keinen strafrechtlichen Schutz des durch das aPR geschützten "Rechts am eigenen Bilde". Er bezieht sich ja nicht auf das Erscheinungsbild der Person, sondern nur auf den Inhalt von Gesprächen.

91 Der Täter braucht dabei die Aufnahme nicht selber abgehört zu haben.

lende Handlungen verbunden sind[92], handelt es sich lediglich um eine straflose Nachtat des Straftatbestandes nach Abs. 1.
bb. Wer sich die von einem andern in Verletzung von Abs. 1 hergestellte Aufnahme anhört, ohne deren Inhalt weiterzuverbreiten.
cc. Wer die durch ihn in Verletzung von Abs. 1 hergestellte Tonaufnahme auf einen nur ihm zugänglichen Tonträger überspielt.
dd. Wer eine Tatsache auswertet oder einem Dritten bekanntgibt, von der er bereits Kenntnis hat, bevor sie ihm auf Grund einer nach Abs. 1 strafbaren Handlung bekanntgegeben wird.

Ein Neugieriger nimmt beispielsweise in einer nach Abs. 1 strafbaren Art ein Streitgespräch zwischen zwei Ehegatten auf. Diese Aufnahme spielt er später einem der beiden Gatten vor. Der Gatte – er wusste nichts vom strafbaren Tun des Neugierigen –, der nun die auf Band festgehaltenen Tatsachen auswertet oder einem andern bekanntgibt, bleibt nach dem Wortlaut von Abs. 2 straffrei, denn er erhält ja nicht erst auf Grund der strafbaren Handlung Kenntnis von den fraglichen Tatsachen. Vielmehr sind sie ihm ja bereits bekannt, hat er doch am fraglichen Gespräch selber teilgenommen.

f. Bezüglich der nach Abs. 2 strafbaren Handlungen kommt als *Täter* in Betracht:
aa. Die gleiche Person, die sich bereits nach Abs. 1 strafbar gemacht hat.

Der Täter spielt die von ihm selbst hergestellte Aufnahme einem Dritten vor oder erzählt die ausgekundschafteten fixierten oder nicht fixierten Tatsachen weiter.
bb. Eine Person, die nicht als Täterin im Sinne von Abs. 1 zu betrachten ist[93].

Diese Drittperson, die vom Inhalt des fraglichen Gesprächs Kenntnis erhalten hat, erzählt weiter oder spielt die Tonaufnahme, in deren Besitz sie gekommen ist, sich selbst oder einem andern vor.

Danach ist es in folgendem Fall auch möglich, einen "Horcher an der Wand" zu bestrafen:

Dieser hört durch die Wand das Abspielen eines Tonträgers durch eine andere Person an. Er weiss oder muss annehmen, dass die Aufnahme widerrechtlich entstanden ist. Dieses Mithören ist straflos, sofern es ohne den Einsatz besonderer technischer Mittel erfolgt. Sobald nun aber der dem Tonträger entstammende Inhalt weitererzählt wird, liegt eine strafbare Handlung gemäss Abs. 2 vor.

3. nach *Abs. 3* macht sich strafbar, wer eine Aufnahme, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie durch eine nach Abs. 1 strafbare Handlung hergestellt wurde,
– *aufbewahrt* oder
– *einem Dritten zugänglich macht.*

a. Die nach Abs. 3 strafbaren Handlungen beziehen sich *nur* auf die in Verletzung von Abs. 1 hergestellten *Aufnahmen*. Die mit einem Abhörgerät abgehörten Gespräche können nämlich weder aufbewahrt noch jemandem zugänglich gemacht werden.

92 Eine solche läge etwa dann vor, wenn eine Niederschrift des Inhaltes erfolgte, da der Täter beabsichtigt, die Aufnahme nachher zu löschen.
93 Durch den Zwischensatz *"von der er weiss oder annehmen muss*, dass sie auf Grund einer nach Abs. 1 strafbaren Handlung zu seiner Kenntnis gelangte", wird deutlich, dass sich die Täterschaft nach Abs. 2 nicht mit derjenigen nach Abs. 1 zu decken braucht. (Gleiches gilt auch für Abs. 3: vgl. dazu im folgenden Ziff. 3 lit. d, bb.)

b. Die *Aufbewahrung* einer Tonaufnahme bietet dem Täter die Möglichkeit, jederzeit von deren Inhalt Kenntnis zu nehmen oder irgendeine Verbreitung in die Wege zu leiten. Statt die Aufnahme zu löschen oder den Tonträger zu vernichten, schützt er die Existenz eines durch strafbare Handlung hergestellten Produktes und hält einen rechtswidrigen Zustand aufrecht. Dass er vom Inhalt der Aufnahme überhaupt Kenntnis nimmt, ist nicht nötig[94].

c. Wenn Abs. 3 denjenigen bestraft, der die fragliche Tonaufnahme *einem Dritten zugänglich macht,* so wird folgende Verwertungshandlung erfasst:

Der Täter verschafft einem Dritten in der Weise Zugriff auf die Aufnahme, dass dieser die Möglichkeit hat, diese sich selbst oder einem andern gegenüber wiederzugeben oder wiedergeben zu lassen.

Diese Vermittlung kann sich folgendermassen gestalten:

aa. Der Täter übergibt dem Dritten den bespielten Tonträger.

Den Inhalt der Aufnahme braucht er keineswegs zu kennen[95]. Kennt er ihn jedoch, so ist Strafbarkeit auch dann gegeben, wenn er diese Kenntnis nicht erst auf Grund der rechtswidrigen Aufnahme erlangte, sondern bei anderer Gelegenheit[96]. So macht sich jene Gattin strafbar, welche die von einem neugierigen Nachbarn anlässlich eines Streitgesprächs zwischen ihr und ihrem Mann heimlich hergestellte und ihr nachträglich übergebene Tonaufnahme einem Dritten übergibt.

bb. Der Täter ermöglicht dem Dritten den Zugang zu einer Tonaufnahme.

Er übergibt ihm beispielsweise den Schlüssel zu einem Archiv, in welchem sich die Aufnahme befindet.

d. Bezüglich der nach Abs. 3 strafbaren Handlungen kommt als *Täter* in Betracht:

aa. Die gleiche Person, die sich bereits nach Abs. 1 oder Abs. 2 (oder auch nach beiden) strafbar gemacht hat.

Z.B. Der Täter bewahrt die durch ihn selber hergestellte Aufnahme auf oder macht sie, nachdem er deren Inhalt bereits im Sinne von Abs. 2 ausgewertet oder einem Dritten bekanntgegeben hat, einer Drittperson zugänglich.

bb. Eine Person, die weder als Täterin im Sinne von Abs. 1 noch von Abs. 2 zu betrachten ist.

Ihr kommt eine dem Hehler ähnliche Stellung zu. Auch in Abs. 3 handelt es sich, wie bei der Hehlerei, um ein selbständiges Delikt, welches eine abgeschlossene Vortat voraussetzt. Es bestehen jedoch m. E. folgende Bedenken gegenüber einer Anwendung von Art. 144 StrGB:

– Als jene von der Hehlerei vorausgesetzte strafbare Vortaten kommen ausschliesslich Handlungen gegen das Vermögen in Betracht.

94 Eine Klientin übergibt ihrem Anwalt eine rechtswidrig erlangte Tonbandaufnahme, welche sie in einem Prozess verwenden möchte. Der Anwalt bewahrt das Band nun auf, ohne bereits Kenntnis zu haben von dessen Inhalt.

95 Dies kommt im Gesetzestext zum Ausdruck, verlangt er doch lediglich, dass die Aufnahme durch eine nach Abs. 1 strafbare Handlung hergestellt wurde. Die Kenntnisnahme des Inhaltes durch den Täter ist nicht erforderlich. Z.B. ein Privatdetektiv bringt im Auftrage seines Kunden im Konferenzzimmer der Konkurrenzfirma eine Abhöranlage an. Den Inhalt des Tonbandes, das er seinem Auftraggeber aushändigt, braucht er gar nicht zu kennen (er erfüllt die Straftatbestände von Abs. 1 und 3).

96 Die in Abs. 2 vorgesehene Einschränkung fehlt also, vgl. oben Ziff. 2 e, dd

– Art. 144 StrGB ist als Offizialdelikt ausgestaltet. Seine Anwendung im Falle der durch Abs. 3 bestraften Handlungen liesse sich nicht vereinbaren mit der Ausgestaltung des Artikels 179 bis als Antragsdelikt.

IV. Abhör- und Tonaufnahmegeräte als besondere technische Mittel

1. Das Abhören oder Aufnehmen fremder nichtöffentlicher Gespräche erfüllt nur dann den Straftatbestand von Artikel 179 bis, wenn es mittels Geräten erfolgt, welche eine technische Steigerung der Hörfähigkeit des Täters oder eine Fixierung der menschlichen Stimme erlauben. Es ist der Wille des Gesetzgebers, nur den Einsatz solch besonderer technischer Mittel, die auf hinterhältige Bespitzelung abzielen, zu bestrafen. Ein kriminalpolitisches Bedürfnis zur Bestrafung der Verwendung solcher Mittel ergibt sich daraus, dass sie die Absicherung der menschlichen Lebensbereiche durch übliche Mittel gegen unerwünschte Übergriffe illusorisch machen.

2. Bemüht sich der Belauschte jedoch nicht, seinen Lebensbereich gegen Einwirkungen dieser Art abzuschirmen, sondern er sich also nicht von der Öffentlichkeit ab, so hat er das Abhören oder die Aufnahme seiner Gespräche auch mittels besonderer technischer Vorrichtungen zu dulden[97]. Die gesetzliche Regelung will ja keineswegs denjenigen Eingriffen entgegenwirken, die jedermann auf Grund seiner üblicherweise gemachten Konzessionen an zwischenmenschliche Beziehungen hinnimmt.

V. Die Schuldform

1. Die Täterhandlung muss *vorsätzlich* erfolgen.

2. Der Vorsatz umfasst neben dem Wissen, dass es sich beim abgehörten oder aufgenommenen Gespräch um ein fremdes und nichtöffentliches Gespräch handelt, auch die Kenntnis um die fehlende Einwilligung[98] der belauschten Personen. Der Vorsatz muss jedoch nicht auf die Kenntnisnahme eines auf einen Tonträger aufgenommenen Gesprächs gerichtet sein. So macht sich auch strafbar, wer ein fremdes nichtöffentliches Gespräch auf ein Tonband aufnimmt, ohne sich mit dem Inhalt selbst vertraut zu machen, oder wer das bespielte Band lediglich an einen Dritten weitergibt.

3. Die durch Art. 179bis Abs. 2 und 3 verwendete Ausdrucksweise: "... *oder annehmen muss,*"[99] deutet auf den Eventualvorsatz des Täters hin. Eventualvorsätzlich handelt beispielsweise, wer die ihm zugetragenen Tatsachen verbreitet, um materielle Vorteile herauszuschlagen, obwohl er sich der Möglichkeit bewusst ist und diese in Kauf nimmt, dass sie durch eine nach Abs. 1 strafbare Handlung erlangt

97 Vgl. Sax, a.a.O., S. 4 f. und Lang-Hinrichsen, a.a.O., S. 29 f. und 33

98 Zu der in den Artikeln 179bis, 179ter und 179quater als objektives Tatbestandsmerkmal ausgestalteten fehlenden Einwilligung vgl. § 16 IV A

99 Die gleiche Formulierung findet sich in Art. 144 StrGB. Vgl. diesbezügliche Praxis in BGE 69 IV 68

worden sein könnten[100].

Aber auch bezüglich der nach Abs. 1 strafbaren Handlungen ist der Eventualvorsatz möglich. An einem Ort, wo öffentliche Gespräche geführt werden, bringt der Täter z. B. ein Tonaufnahmegerät an. Dieses erlaubt ihm, die hier geführten Gespräche während einer längeren Zeitspanne zu verfolgen. Er nimmt es in Kauf, dass innerhalb dieser Zeit auch Gespräche geheimen Charakters, die sich am überwachten Ort abwikkeln, festgehalten werden.

VI. Vorbereitungshandlung – Versuch – Vollendung

1. Der Versuch ist strafbar. Es finden die allgemeinen Bestimmungen der Artikel 21–23 StrGB Anwendung.

2. Damit ist die Strafbarkeit auch dann garantiert, wenn die rechtswidrige Aufnahme nicht gelingt. Die Strafbarkeit darf nicht von Zufälligkeiten abhängig gemacht werden. Vielmehr ist schon strafbar, wer, wie dies Art. 21 StrGB verlangt, mit der Ausführung des Vergehens begonnen hat. Der Entscheid darüber, wo der Anfang dieser Ausführungshandlung liegt, wird auf Grund der subjektiven Versuchslehre gefällt. Danach muss Versuch angenommen werden, sobald die Tatausführung in jene Phase getreten ist, wo es für den Täter in der Regel kein Zurück mehr gibt, "wenn nicht von aussen an ihn herantretende Umstände ihn doch noch zur Umkehr zwingen"[101].

Wenn es auch im Einzelfall Aufgabe des Richters ist, unter Würdigung der konkreten Tatumstände und der Gesamtpersönlichkeit des Täters darüber zu befinden, ob der entscheidende Schritt zur strafbaren Handlung getan ist[102], ergeben sich für die Abgrenzung des Versuchs gegenüber der strafbaren Vorbereitungshandlung doch folgende Richtlinien[103]:

Die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale von Art. 179bis sind nicht erfüllt, wenn jemand ein Abhör- oder Aufnahmegerät kauft, selber bastelt oder im Hinblick auf eine Bespitzelung installiert[104].

Die Frage, ob ein *vollendeter Versuch* der nach Art. 179bis Abs. 1 strafbaren

100 Vgl. zur Abgrenzung gegenüber der bewussten Fahrlässigkeit: Schwander, a.a.O., S. 96

101 Waiblinger, a.a.O., S. 3

102 Waiblinger, a.a.O., S. 6

103 Auch wenn im folgenden vorwiegend von objektiven Abgrenzungskriterien die Rede sein wird, so müssen doch stets die in subjektiver Hinsicht wesentlichen Kriterien im Auge behalten werden. Es sei hier auf Schultz, Die versuchte strafbare Handlung, S. 14 verwiesen, der die subjektiven Tatbestandsmerkmale unter Hinweis auf die einschlägige Literatur folgendermassen charakterisiert:

a) "Der Täter muss zur Tat entschlossen sein." ". . . es müsse ein Tatentschluss vorliegen, der in hinreichend enger, in gefährlich enger Beziehung zu einer Tatsituation stehe."

b) "Der zur Tat entschlossene Wille des Täters muss sich in äussern Handlungen niedergeschlagen haben."

c) "Der in äussern Handlungen bekundete Wille muss als eindeutig auf die Begehung einer bestimmten Straftat gerichtet erscheinen."

104 Das Vorgehen wird jedoch nach Art. 179 ^{sexies} von Amtes wegen verfolgt. Ferner wird in concreto zu untersuchen sein, sofern ein diesbezüglicher Strafantrag vorliegt, ob Art. 186 StrGB zur Anwendung kommt.

Handlung möglich sei, muss differenziert beantwortet werden. Das mit einem Abhörgerät erfolgende Abhören eines fremden nichtöffentlichen Gesprächs stellt ein schlichtes Tätigkeitsdelikt dar. Daher ist bezüglich dieses Straftatbestandes ein vollendeter Versuch nicht möglich[105]. Es gibt einen unvollendeten Versuch oder das voll verwirklichte Delikt. Wer jedoch beabsichtigt, ein fremdes nichtöffentliches Gespräch auf einen Tonträger aufzunehmen, kann sich des vollendeten Versuchs dieses Deliktes schuldig machen. Dies wird dann der Fall sein, wenn der Täter alles getan hat, um eine Aufnahme zu bewerkstelligen, diese jedoch nicht zustandekommt, weil das verwendete Gerät nicht funktioniert, d. h. das Gespräch gar nicht aufgenommen wird[106].

Auch der *untaugliche* Versuch ist denkbar. In der Meinung, er belausche eine für ihn fremde nichtöffentliche Ansprache, verfolgt der Täter mittels eines heimlich angebrachten Abhörgerätes einen für eine breite Öffentlichkeit bestimmten Vortrag.

3. Sämtliche subjektiven und objektiven Tatbestandsmerkmale sind restlos erfüllt, d. h. das Delikt ist *vollendet,* sobald das belauschte Gespräch für den Täter hörbar oder auf dem Tonträger festgehalten wird.

Auch wenn der Täter den Inhalt des Gesprächs oder die Aufnahme nicht oder nur teilweise verstehen bzw. entschlüsseln kann, liegt Vollendung vor.

VII. Teilnahme

1. Bezüglich der in Art. 179bis als *Vergehen* ausgestalteten Straftatbestände sind sämtliche Teilnahmeformen strafbar. Der blosse Anstoss, d. h. die Aufforderung an einen andern, eine durch Art. 179 ^{bis} erfasste Straftat zu begehen, ist nicht strafbar, wenn der andere nicht mindestens einen Versuch unternommen hat.

2. Ob einem Angeklagten im Einzelfall Anstiftung, Gehilfenschaft oder Mittäterschaft vorgeworfen werden kann, hängt von der Beurteilung der Art seiner Mitwirkung bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung des Deliktes ab[107].

Eine Pensionsinhaberin lässt z. B. in ihrem Haus Abhörgeräte einbauen. Diese ermöglichen es einem ausländischen Spionagedienst, politisch interessante Gespräche von beschatteten Personen abzuhören und auf Tonband aufzunehmen.

Als *Mittäterin* ist die Pensionsinhaberin dann zu betrachten, wenn sie, sei es als Angehörige des Spionageringes oder als Aussenstehende, an der Planung und Vorbereitung des Deliktes massgebend mitgewirkt hat. Dabei ist es nicht nötig, dass sie selbst die eingesetzten Geräte bedient, sondern es genügt, wenn sie durch ihr Verhalten den Vorsatz bekundet, für das Tatgeschehen die Mitverantwortung zu tragen und wenn dieser Vorsatz durch ihr eigenes oder fremdes Handeln verwirklicht wird[108].

Wenn die Pensionsinhaberin den deliktischen Vorsatz bei Angehörigen des Spionageringes erst weckt, erscheint sie als *Anstifterin.* Durch ihr Anerbieten zur Installation

105 Vgl. Schultz, Die versuchte strafbare Handlung, S. 19; RStrS 1956 Nr. 3

106 Gelingt das Abhören eines Gesprächs, misslingt jedoch die zugleich angestrebte Aufnahme auf einen Tonträger, so macht sich der Täter schuldig des Abhörens und des vollendeten Versuchs der Tonaufnahme im Sinne von Art. 179 ^{bis}.

107 Vgl. Schwander, a.a.O., S. 126

108 Schultz, Teilnahme I, S. 8

der notwendigen Geräte fördert sie möglicherweise den Tatentschluss der Spione. Das Vorgehen kann aber auch eine Mittäterschaft indizieren[109].

Als *Gehilfin* ist die Pensionsinhaberin dann zu betrachten, wenn sie durch ihr Vorgehen die durch den Haupttäter beschlossene Tat erleichtert und sich seinem Willen unterordnet. Dies ist auch dann der Fall, wenn sich ihre Beteiligung lediglich darauf beschränkt, ihre Räumlichkeiten zum Zwecke des Anbringens von Abhör- und Aufnahmegeräten zur Verfügung zu stellen, Auskunft über den Aufenthaltsort der beschatteten Person zu geben, Wache zu stehen, die Überwachung von Telephongesprächen zu ermöglichen oder Vorkehren zu treffen, die dem Täter unbehindertes Handeln erlauben.

VIII. Kasuistik

Vorbemerkung:

Bisher sind auf Grund des BG betr. VpG noch keine Verurteilungen erfolgt. Die Beschaffung von Anschauungsmaterial zu den einzelnen Artikeln hat sich daher im folgenden vorwiegend auf Sachverhalte abzustützen, die vor Inkrafttreten der Artikel 179 bis ff. StrGB unter privat- und öffentlichrechtlichen, teilweise aber auch unter strafrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt wurden. Neben solchen Entscheidungen in- und ausländischer Gerichtsinstanzen sollen auch der Literatur entnommene und erfundene Sachverhalte herangezogen werden. Ihre Erörterung beschränkt sich dabei auf den Gesichtspunkt der Verletzung von Art. 179 bis ff. So wird an dieser Stelle von der Beurteilung allfälliger Konkurrenzfragen[110] abgesehen.

1. Folgende Verhaltensweisen stellen ein im Sinne von Art. 179 bis StrGB strafrechtlich relevantes *Abhören*[111] *fremder nichtöffentlicher Gespräche dar*:

a. Der Inhaber einer Fabrik baut im Sitzungszimmer des Betriebsrates eine Abhöranlage ein, die es ihm ermöglicht, die in diesem Raum geführten Verhandlungen zu verfolgen[112].

b. Strafbar macht sich, wer Telephongespräche, sei es mittels direkter Verbindung mit der Telephonleitung oder durch induktive Überwachung des Gespräches mithört.

Ein Beispiel aus dem Deutschland der Nachkriegszeit:

Einem Elektriker wurde ein Kaufmann in die Parterrewohnung seines Hauses ein-

109 Die von Schultz, Teilnahme II, S. 7 im Gegensatz zur herrschenden Meinung vertretene Ansicht, dass Konkurrenz zwischen Anstiftung und Mittäterschaft möglich sei, ist m. E. zu unterstützen.

110 Vgl. dazu § 19

111 Über die bedenklichen Ausmasse, welche die private Abhörpraxis in den USA annimmt, malt Packard, a.a.O., S. 32 ff. und 72 ff. ein düsteres Bild. Er sieht vor allem den Menschen an seinem Arbeitsplatz einer ständig zunehmenden Überwachung ausgesetzt. Die durch den Autor geäusserten Befürchtungen bezüglich der Untergrabung der Privatsphäre können m.E. nicht voll umfänglich auf unsere Verhältnisse angewendet werden. Jedoch zeigt das Werk zahlreiche theoretische Verwendungsmöglichkeiten von Abhörgeräten auf. Wertvoll ist vor allem die Darstellung der soziologischen Hintergründe einer sich anbahnenden Entprivatisierung des Menschen.

112 Heimerich, a.a.O., S. 249

gewiesen. Da die beiden bald in Feindschaft lebten, sah sich der Elektriker veranlasst, die Telephongespräche seines Nachbarn abzuhören, um rechtzeitig über dessen möglicherweise feindselige Vorhaben unterrichtet zu sein[113].

Ein Ehemann möchte seine Frau des Ehebruchs überführen. Der beauftragte Privatdetektiv überwacht die Telephongespräche der beschatteten Gattin[114].

c. Es werden nun auch all jene Handlungen erfasst, die auf Grund des als Sonderdelikt ausgestalteten Straftatbestandes von Art. 39 TTVG bisher nicht geahndet werden konnten[115].

2. Den Straftatbestand des *Aufnehmens fremder nichtöffentlicher Gespräche auf einen Tonträger* dürften etwa die folgenden Verhaltensweisen erfüllen:

a. Ein Hauseigentümer installiert unter dem Wohnzimmer des mit ihm verfeindeten Mieters ein Mikrophon mit angeschlossenem Tonbandgerät[116].

b. Häufig entstehen Tonaufnahmen im Hinblick auf deren Verwendung in einem Zivil- oder Strafprozess. Die Frage der Verwertbarkeit solcher Aufnahmen als Beweismittel wird nach prozessrechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden sein[117]. Sofern nicht besondere Rechtfertigungsgründe[118] zugebilligt werden können, ist die Herstellung solcher Aufnahmen strafbar.

c. Ein Arbeitgeber bringt am Arbeitsplatz eines Angestellten ein Tonbandgerät an, das sämtliche durch den Arbeitnehmer geführten Gespräche festhält.

d. Welch umfangreiche Überwachungsmöglichkeiten beim Einsatz moderner und leistungsfähiger Aufnahmegeräte erschlossen werden können, zeigen Berichte, die sich mit der Verwendung von Abhör- und Aufnahmeanlagen durch Geheimdienste befassen. So soll z.B. die US-Botschaft in Moskau mit einem ganzen Netz von Abhörgeräten durchzogen worden sein. Die mit Tonbandgeräten gekoppelten zahlreichen Nagelmikrophone ermöglichten es dem sowjetischen Geheimdienst, die in den Botschaftsräumen geführten Gespräche während mehrerer Jahre zu überwachen[119].

In den Jahren 1945–1952 soll dieselbe Botschaft auf die folgende Weise bespitzelt worden sein: Eine dem amerikanischen Botschafter durch sowjetische Bürger überreichte Holzplastik wies einen Hohlraum auf, welcher einen Stahlvibrator beherbergte. Die Stahlfeder vibrierte im Einklang mit den Schallwellen der im betreffenden Raum geführten Gespräche. Dank eines hochempfindlichen Dauerstrichradargerätes, das in einem gegenüber der Botschaft gelegenen Haus aufgebaut wurde, gelang es, die Bewegungen des Vibrators aufzunehmen und in verständliche Sprache umzusetzen[120].

3. Ein *Auswerten abgehörter oder aufgenommener Tatsachen* gemäss Abs. 3 von Art. 179bis liegt folgenden Tatbeständen zugrunde:

a. Der Hauseigentümer verwendet die in Verletzung von Abs. 1 zustandegekommenen Tonaufnahmen als Beweismaterial in einem gegen seinen belauschten Mieter an-

113 Roessler, a.a.O., S. 95
114 Vgl. Bericht über eine Pressekonferenz der Bundesanwaltschaft, NZZ vom 25.12.1970, Nr. 600. Dieser Fall, der sich in Genf abspielte, wird zur Zeit noch untersucht.
115 § 3 II A 2 h
116 Henkel, a.a.O., S. 127
117 Vgl. § 22
118 Vgl. § 16
119 Caroll, a.a.O., S. 210
120 Caroll, a.a.O., S. 211

gestrebten Zivilprozess.

b. Der Arbeitgeber, welcher seinen Angestellten bespitzelt hat, verwendet die heimlich hergestellten Aufnahmen als Material für eine Kündigung[121].

c. Ein Ehemann reicht gegen seine Frau, mit der er im Scheidungsprozess steht, Strafanzeige wegen falscher Beweisaussage der Partei ein. Der Kläger wirft der Beklagten vor, im Verlaufe der persönlichen Befragung der Parteien vor dem Scheidungsgericht verschiedentlich die Unwahrheit gesagt zu haben. Zum Beweise seines Vorwurfs reicht er dem Gericht einige Tonbandaufnahmen ein, welche er anlässlich von Gesprächen der Beklagten mit Drittpersonen heimlich hergestellt hatte. Die Auswertung solcher Aufnahmen ist wohl nur dann zulässig, wenn der Ehemann in einem Beweisnotstand handelt[122].

d. Ein Rechtsanwalt liess sich durch Bestechung von Angestellten der New Yorker Telephongesellschaft verschiedene Telephonleitungen in eine Mietwohnung verlegen, wo es ihm auf Grund der notwendigen technischen Einrichtungen möglich war, über 100'000 Sprechstellen abzuhören. Er hörte nun vorwiegend Gespräche leitender Persönlichkeiten der Industrie ab und verkaufte die erlangten Informationen an Konkurrenzunternehmungen[123].

e. Ein äusserst perfides Vorgehen stellt das Auswerten rechtswidrig hergestellter Tonaufnahmen zum Zwecke der Erpressung dar.

f. Ein Reporter nimmt Gespräche auf, die sich im Geheimbereich einer prominenten Persönlichkeit abspielen. Sowohl der Reporter, der den Gesprächsinhalt gegen Entgelt an eine Zeitungsredaktion weitergibt, als auch der Redaktor, der für eine Weiterverbreitung verantwortlich ist, machen sich des Auswertens schuldig[124].

4. Eine strafbare *Bekanntgabe an Dritte* stellt der folgende Fall dar:

Ein abgewiesener Liebhaber bringt in der Wohnung seiner ehemaligen, nunmehr mit einem andern verheirateten Braut Mikrophon und Tonband an. Die so erlangten Aufnahmen spielt er zur Belustigung in seinem Bekanntenkreis vor.

5. *Abs. 3 von Art. 179bis* gelangt etwa in folgendem Fall zur Anwendung:

Ein Geschäftsmann hat Verhandlungen der Direktion einer Konkurrenzfirma auf Tonband aufgenommen (Straftatbestand Abs. 1). Nachdem er das Band abgehört, den Gesprächsinhalt schriftlich niedergelegt und in dieser Form den Vertrauensleuten in der Geschäftsleitung seines Betriebes vermittelt hat (Straftatbestand Abs. 2), legt er den Tonträger in sein Archiv. Damit macht er sich eines *Aufbewahrens* gemäss Abs. 3 schuldig. Händigt er den Tonträger jedoch einem Treuhänder zur Aufbewahrung aus, so *macht er den Tonträger einem Dritten zugänglich.* Der Treuhänder seinerseits ist wegen Aufbewahrung der Aufnahme ebenfalls nach Abs. 3 zu bestrafen. Er hat jedoch auch die Möglichkeit, die Aufnahme einem Dritten zugänglich zu machen oder in einer nach Abs. 2 strafbaren Weise zu verwerten.

Dieser Fall zeigt übrigens, dass ein Täter meist nicht nur einen der verschiedenen Straftatbestände von Art. 179bis erfüllt.

121 Vgl. Coing, Die heimliche Tonbandaufnahme als Rechtsproblem, S. 33 f.
122 Walder, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess, S. 48. Vgl. dazu im einzelnen § 22
123 Roessler, a.a.O., S. 64
124 Vgl. Bussmann, a.a.O., S. 28 und Siegert, a.a.O., S. 55

§ 12 Artikel 179 ter StrGB

Unbefugtes Aufnehmen von Gesprächen

Wer als Gesprächsteilnehmer ein nichtöffentliches Gespräch, ohne die Einwilligung der andern daran Beteiligten, auf einen Tonträger aufnimmt,

wer eine Aufnahme, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie durch eine nach Absatz 1 strafbare Handlung hergestellt wurde, aufbewahrt, auswertet, einem Dritten zugänglich macht oder einem Dritten vom Inhalt der Aufnahme Kenntnis gibt,

wird, auf Antrag, mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Busse bestraft.

I. Allgemeines

1. Der strafrechtliche Schutz des persönlichen Geheimbereichs wäre ungenügend, wenn nicht auch bestraft würde, wer ein Gespräch, an dem er selber teilnimmt, ohne die Einwilligung seiner Gesprächspartner auf einen Tonträger aufnimmt.

2. Ein solches Vorgehen muss bestraft werden, weil der Täter spontane Äusserungen, wie sie im freien Gespräch üblich sind, in all ihren Nuancen – man denke an Stottern, Verlegenheitspausen etc. – für unbestimmte Zeit festhalten, sowie in ihrer ursprünglichen Art verwenden und weiterverbreiten kann[125]. Vor allem aber erscheint dieses Vorgehen strafwürdig, weil ihm ein Vertrauensbruch zugrunde liegt. Zwischen sich unterhaltenden Personen besteht nämlich stets ein gewisses Vertrauensverhältnis. Dieses ist dadurch gekennzeichnet, dass die Sprechenden bei ihren Äusserungen davon ausgehen, vom Gesprächspartner nicht mittels Tonaufnahmegeräten behaftet zu werden.

Sobald ein Gesprächspartner damit rechnen muss, dass die Gegenseite seine Äusserungen genau registriert und nicht wieder vergisst, werden die zwischenmenschlichen Beziehungen und die Persönlichkeitsentfaltung ernsthaft gestört[126].

3. Die Strafbestimmung von Art. 179 ter wirkt somit dem Unbehagen entgegen, möglichen heimlichen Fixierungen durch Gesprächspartner ausgesetzt zu sein. Es bleibt auch zu hoffen, dass dieser Straftatbestand, sobald er einmal ins Rechtsbewusstsein weiter Kreise eingedrungen ist, gegenseitiges Misstrauen abzubauen hilft und der Rechtssicherheit dient.

II. Das Handlungsobjekt

Auch Art. 179 ter ist auf einen ganz bestimmten den persönlichen Geheimbereich verletzenden Tatbestand zugeschnitten. Er umschreibt sein Handlungsobjekt als

125 Jäggi, a.a.O., S. 235 a sieht im zustimmungslosen Vorgehen des Gesprächspartners als dem Empfänger der Äusserung eine eigenmächtige *Änderung des Gesprächscharakters.*

126 SJZ 63 (1967), S. 9

"nichtöffentliches Gespräch". Zur Umschreibung dieses Handlungsobjektes können die unter § 11 II A, B und C gemachten Ausführungen herangezogen werden. An dieser Stelle soll lediglich auf einige Abweichungen hingewiesen werden.

A. Zum Begriff des Gesprächs

Wie in Art. 179 bis ist darunter eine auf zwischenmenschliche Verständigung abzielende Folge von Worten zu verstehen, die in einem Sinnzusammenhang stehen mit psychischen Mitteilungsbedürfnissen einer Person. Wenn auch die Begriffsbestimmung grundsätzlich die gleiche bleibt wie in Art. 179 bis, so ist jedoch zu beachten, dass menschliche Äusserungen nur dann als Gespräche im Sinne von Art. 179 ter zu betrachten sind, wenn sich mindestens zwei Personen daran beteiligen. Ein Monolog fällt somit nie in den Schutzbereich dieser Norm. Der Begriff des Gesprächs ist hier dementsprechend stets im Sinne einer *Zwei- oder Mehrseitigkeit* zu interpretieren.

B. Das Fehlen des Tatbestandsmerkmales "fremd"

Das Tatbestandsmerkmal "fremd" widerspräche der Konzeption von Art. 179 ter. Er will ja gerade die Aufnahme jenes Gesprächs unter Strafe stellen, das sich in einem Personenkreis abspielt, zu dem der Täter durch seine eigene Teilnahme enge Beziehungen hat. Der Täter erlebt das fragliche Gespräch nicht als Aussenstehender, sondern es ist für ihn ein eigenes.

III. Die Täterhandlung

A. Der Täter

1. Wir haben betont[127], dass im Einzelfall unter Berücksichtigung der nähern Umstände festzustellen sein wird, ob ein Täter als Gesprächsteilnehmer gehandelt hat. Es soll deshalb versucht werden, gewisse wesentliche, eine solche Feststellung tragende Überlegungen herauszuarbeiten[128].

2. Teilnehmer ist beispielsweise derjenige, der sich aktiv mit eigenen Beiträgen an einem Gespräch beteiligt. Aber auch wer nur anwesend ist, ohne dass er sich äussert, kann Teilnehmer sein, z. B. eine Person, die sich zu einem bestimmten Diskussionsgegenstand nicht äussern will oder gar nicht kann, wie der Stumme, der ein Gespräch nur verfolgt und vielleicht durch Gestikulationen seine Meinung zu erkennen gibt[129].

127 § 11 II B Ziff. 2

128 Dabei steht hier ausschliesslich der Begriff des "Gesprächsteilnehmers" zur Diskussion. Ob es sich im Einzelfall um ein öffentliches oder nichtöffentliches Gespräch handelt, braucht in diesem Zusammenhang nicht erörtert zu werden.

129 Wer die Sprache nicht oder nur zum Teil versteht, kann ebenfalls Gesprächsteilnehmer sein.

Wäre demzufolge jeder als Teilnehmer zu betrachten, der nur als Zuhörer mit Einwilligung der sich aktiv beteiligenden Diskussionspartner anwesend ist, man denke etwa an einen zu einer Diskussionsrunde geladenen Zuhörer, der das Gespräch hinter einer Abschrankung von einer Tribüne aus oder im Falle einer Fernsehübertragung in einem andern Raum verfolgt? Die Frage ist m. E. zu verneinen, da sonst der Kreis der Teilnehmer u. U. unendlich weit ausgedehnt würde, sonst müsste jeder Mithörer, der durch das Radio ein im Studio geführtes Gespräch verfolgt, ebenfalls als Gesprächsteilnehmer betrachtet werden. Der Teilnehmer muss stets auf irgendeine Weise *in den Kreis der Sprechenden*, der sich aktiv Beteiligenden integriert sein, selbst wenn sich diese Aktivität nur im Schweigen manifestiert. Besteht diese enge Beziehung zum Gespräch und den daran Beteiligten nicht, kann von Teilnahme im Sinne des Artikels 179ter nicht mehr die Rede sein.

Es ist durchaus denkbar, dass sich zwei Teilnehmer aus einer Gruppe von Gesprächspartnern abtrennen, indem sie beispielsweise zum Zwecke einer Aussprache unter vier Augen abseits stehen oder sich in einen andern Raum zurückziehen. Dieses vertrauliche Gespräch wird dann nur von diesen zwei Teilnehmern geführt. Für die andern Anwesenden ist es fremd. Wer das Gespräch der sich absondernden Partner mit einem Minispion belauscht und auf Band festhält, ist daher nicht als Täter gemäss Art. 179ter zu betrachten, sondern macht sich nach Art. 179bis strafbar.

B. Die strafbaren Handlungen

1. Nach *Abs. 1* macht sich strafbar, wer als Gesprächsteilnehmer ein nichtöffentliches Gespräch, ohne die Einwilligung der andern daran Beteiligten

— *auf einen Tonträger aufnimmt.*

a. Mit der Teilnahme an einem Gespräch verbindet sich selbstverständlich die Berechtigung zu dessen Kenntnisnahme. Der Gesprächsteilnehmer hat keine Veranlassung, sich eines Abhörgerätes zu bedienen. Auf Grund der Konzeption des Straftatbestandes von Abs. 1 ergibt sich daher lediglich die Notwendigkeit, die Aufnahme von Gesprächen auf *Tonträger* zu bestrafen.

b. Nach dieser Strafbestimmung ist folgender Fall zu beurteilen[130].

Eine Ehefrau möchte eine Aussprache zwischen ihr und ihrem Gatten, mit dem sie in Scheidung steht, aufzeichnen, ohne dass es dieser bemerken soll. Zu diesem Zweck bringt sie im Raum, wo die Unterredung stattfinden soll, ein von ihrem Privatdetektiv[131] beschafftes Miniatursendegerät an. Die Sendung wird durch einen

130 Der hier aufgeführte Sachverhalt war Gegenstand einer durch die Bezirksanwaltschaft Zürich im Jahre 1966 geführten Strafuntersuchung wegen Hausfriedensbruchs (Unt. Nr. 3/5740/66: die Veröffentlichung der Untersuchungsnummer erfolgt mit Genehmigung der Bezirksanwaltschaft Zürich). Mit dem gleichen Fall hatte sich auch der Regierungsrat des Kantons Zürich zu befassen. Seine Verfügung vom 12.12.1966 äusserte sich zur Frage, ob das Verhalten des beteiligten Privatdetektivs Anlass gebe zu einem Verbot der Berufsbetätigung gemäss § 5 lit. b des kantonalen Gesetzes über die Geschäftsagenten, Liegenschaftsvermittler und Privatdetektive vom 16.5.1943. (Zur Begründung der in casu ausgesprochenen Verwarnung vgl. Geschäftsbericht des Regierungsrates des Kantons Zürich 1966.)

131 Zur Frage der Teilnahme vgl. Ziff. VII

Empfänger und ein Tonbandgerät, die sich in einem vor dem Haus parkierten Auto befinden, aufgenommen.

Das Vorgehen der Ehefrau stellt ein strafrechtlich relevantes Aufnehmen von Gesprächen im Sinne von Art. 179ter Abs. 1 dar.

Der Privatdetektiv, der im parkierten Auto die Fixierung des Gesprächs ermöglicht oder es mittels eines UKW-Empfängers mithört, macht sich nach Art. 179bis StrGB und Art. 42 Abs. 1 lit. a TTVG in Idealkonkurrenz strafbar. Für ihn ist ja die sich zwischen den Ehegatten abspielende Unterredung fremd. Eine persönliche Beziehung zu den Gesprächspartnern besteht nicht. Er ist nicht in den Kreis der Teilnehmer integriert. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass er im Auftrage eines Gesprächsteilnehmers gehandelt hat.

2. Nach *Abs. 2* macht sich strafbar, wer eine Aufnahme, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie durch eine nach Abs. 1 strafbare Handlung hergestellt wurde,

- *aufbewahrt,*
- *auswertet,*
- *einem Dritten zugänglich macht* oder
- *einem Dritten vom Inhalt der Aufnahme Kenntnis gibt.*

a. Im Verlaufe der Beratungen von Art. 179ter wurde die Ansicht vertreten, eine Verwertung von Tatsachen, die Inhalt eines in rechtswidriger Weise festgehaltenen Gesprächs bilden, sei nicht zu bestrafen. Diese Auffassung beruht auf der Überlegung, dass die im gegenseitigen Gespräch festgehaltenen Äusserungen freiwillig erfolgten. Da der Gesprächsteilnehmer ja zur Kenntnisnahme des Gesprächsinhaltes berechtigt sei, könne er auch in einem spätern Zeitpunkt darüber verfügen, ihn auswerten und weitererzählen.

Mit dieser Argumentation lässt sich m. E. weder eine zustimmungslose Tonaufnahme noch deren Verwertung rechtfertigen. Wüsste der bei seinem Wort behaftete Gesprächspartner nämlich um das Vorgehen seiner Gegenpartei, so würde er seine Äusserungen möglicherweise anders formulieren oder gewisse Gesprächsthemen meiden. Das Wissen um die Aufnahme und die Möglichkeit deren Verbreitung wirkt sich entscheidend auf die Gestaltung des Gesprächs aus. Gewiss hat *jeder Gesprächspartner* die Möglichkeit, den Inhalt des Gesprächs mündlich weiterzugeben, ohne ihn vorgängig auf einen Tonträger aufgenommen zu haben. Eine solche Weitergabe ist jedoch weit weniger persönlichkeitsnah und "beweiskräftig", als etwa das Abspielen einer Äusserung mit all ihren Nuancen.

Aber auch die Bekanntgabe des Inhaltes einer Aufnahme ohne direktes Abspielen derselben kann strafwürdig sein. Dies ist dann der Fall, wenn *der Dritte*, dem eine in Verletzung von Abs. 1 hergestellte Aufnahme vorgespielt wird, den Gesprächsinhalt weiterverbreitet. Da er Äusserungen weitergibt, von denen er auf Grund einer strafbaren Handlung Kenntnis erlangt hat, fördert er einen rechtswidrigen Zustand und hält diesen aufrecht. Es ist daher zu begrüssen, dass Abs. 2 nebst dem Aufbewahren, Auswerten und Zugänglichmachen an Dritte auch die Kenntnisgabe des Inhaltes einer in Verletzung von Abs. 1 erlangten Aufnahme bestraft. Befürchtungen, dass durch die Bestrafung dieser Kenntnisgabe auch das blosse Weitererzählen des nicht mittels eines Tonaufnahmegerätes festgehaltenen Gesprächsinhaltes durch einen Gesprächsteilnehmer erfasst werde, sind unberechtigt. Das Gesetz verlangt ja ausdrücklich, dass der Inhalt der *Aufnahme* preisgegeben werde. Da dieser Inhalt mit dem Ge-

sprächsinhalt schlechthin identisch ist, dürfte es allerdings in der Praxis schwierig sein festzustellen, ob der Täter das Weitererzählte aus seinem Gedächtnis schöpfte oder aber erst auf Grund des Abhörens der Aufnahme in die Lage versetzt wurde, es an Dritte bekanntzugeben. Die Folgen dieser Schwierigkeit dürfen jedoch nicht überbewertet werden, da die Bestrafung des Gesprächsteilnehmers, dem die zustimmungslose Aufnahme des Gesprächs nachgewiesen werden kann, ja bereits gemäss Abs. 1 garantiert ist. Auf die Strafbarkeit der Kenntnisgabe des Inhaltes einer nach Abs. 1 strafbar erlangten Aufnahme darf vor allem nicht verzichtet werden, weil sonst diese Form der Weitergabe, soweit sie kein Auswerten[132] darstellt, straflos bliebe.

b. Da Art. 179ter nur die rechtswidrige *"Aufnahme"* und deren Verwertung bestraft, ist es nicht nötig, dass er "Tatsachen" als Verwertungsgegenstand bezeichnet. Dies wäre nur dann erforderlich, wenn auch – wie in Art. 179bis Abs. 2 – die Verwertung des durch ein Abhörgerät Abgehörten bestraft werden sollte.

c. Für die Modalitäten der einzelnen Verwertungshandlungen kann auf die zu Art. 179bis Abs. 2 und 3 gemachten Ausführungen verwiesen werden[133]. Es soll daher sogleich auf die praktische Anwendung von Art. 179ter Abs. 2 eingegangen werden. Zu diesem Zweck wollen wir den bereits erwähnten Fall modifizieren.

Die Ehefrau, die eine Aussprache mit ihrem Gatten ohne dessen Einwilligung und ohne Rechtfertigungsgrund festhält, kann neben dem Straftatbestand von Abs. 1 auch denjenigen von Abs. 2 erfüllen. Spielt sie nämlich die Aufnahme ihrem Rechtsanwalt vor, damit dieser für den Scheidungsprozess Beweismaterial gewinnt, so macht sie sich des *Auswertens* schuldig. Auch der Rechtsanwalt, der den Inhalt der Aufnahme im Verlaufe eines Plädoyers oder in einer Prozessschrift zitiert, wertet die Aufnahme aus und macht sich nach Art. 179 ^{ter} Abs. 2 strafbar.

Die Ehefrau wie auch der Rechtsanwalt machen sich auch des *Aufbewahrens* schuldig, es sei denn, nur der Privatdetektiv, welcher die Aufnahme ermöglichte, bewahre diese auf.

Je nach den Umständen können sowohl Ehefrau, Privatdetektiv, Rechtsanwalt oder andere Personen, die Aufnahme, in deren Besitz sie gelangt sind, einem Dritten abspielen, ohne daraus einen Vorteil ziehen zu wollen. Sie geben dann einem Dritten in strafbarer Weise *Kenntnis vom Inhalt der Aufnahme.* Dieser Straftatbestand ist

132 Der zwischen den beiden Verwertungsformen "Auswerten" und "einem Dritten bekanntgeben" (Art. 179 ^{bis} Abs. 2) bestehende Unterschied findet auch Anwendung auf die Differenzierung von "Auswerten" und "vom Inhalt einer Aufnahme Kenntnis geben" (vgl. § 11 III B Ziff. 2c).

133 § 11 III B Ziff. 2 lit. c, d, e und Ziff. 3 lit. a, b, c
Bezüglich Ziff. 2 lit. e (dd) ergibt sich jedoch eine Einschränkung: Der Täter ist generell strafbar, wenn er eine Aufnahme, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie durch eine nach Abs. 1 strafbare Handlung hergestellt wurde, in einer der vorgesehenen Arten verwertet. Die Strafbarkeit ist also auch dann gegeben, wenn der Täter, der eine solche Aufnahme auswertet oder ihren Inhalt einem Dritten bekanntgibt, obwohl er vom Gesprächsinhalt (er ist identisch mit dem Inhalt der Aufnahme) bereits Kenntnis hatte, bevor er ihm auf Grund einer strafbaren Handlung vermittelt wurde (es finden also die unter § 11 III B Ziff. 3 lit. c (aa) gemachten Ausführungen auf alle in Art. 179 ^{ter} Abs. 2 vorgesehenen Verwertungsarten Anwendung). Es ist denkbar, dass ein Gesprächspartner in den Besitz der ohne seine Einwilligung entstandenen Aufnahme des Gesprächs kommt. Wertet er diese Aufnahme nun in einer nach Art. 179 ^{ter} Abs. 2 strafbaren Weise aus, so macht er sich strafbar, obwohl ihm der Gesprächsinhalt bereits bekannt war.

auch erfüllt im Falle des blossen Weitererzählens durch eine dieser Personen. Es darf aber nicht vom Streben nach Vorteil getragen sein, d. h. kein Auswerten darstellen.

Wer den bespielten Tonträger weitergibt, macht die Aufnahme *einem Dritten zugänglich.* So die Ehefrau, wenn sie ihrem Anwalt die Tonaufnahme übergibt. Und der Anwalt, wenn er die Aufnahme einem Gericht einreicht[134].

d. Diese Anwendungsfälle zeigen, dass bezüglich der nach Abs. 2 vorgesehenen strafbaren Handlungen – gleich wie in Art. 179bis Abs. 2 und 3[135] – folgende Personen als *Täter* in Betracht kommen:

aa. Die gleiche Person, die sich bereits nach Abs. 1 strafbar gemacht hat.

bb. Eine nicht als Täter im Sinne von Abs. 1 zu betrachtende Person.

IV. Die Verwendung besonderer technischer Mittel als Voraussetzung der Strafbarkeit

Im gegenseitigen Gespräch erfolgt eine Verletzung des persönlichen Geheimbereichs eines Gesprächspartners nur dann, wenn seine Äusserungen ohne seine Zustimmung *fixiert* werden. Geräte, die nur der Steigerung der Hörfähigkeit dienen, dürfen jedoch verwendet werden. Da jeder Gesprächsteilnehmer ohnehin ein Recht auf Kenntnisnahme der Äusserungen der Gegenpartei hat, steht es ihm frei, auch ohne Einwilligung solche die Hörfähigkeit garantierende Miniaturhörapparate zu verwenden (sie lassen sich unauffällig hinter der Ohrmuschel verstecken). Jeder Gesprächsteilnehmer muss damit rechnen, dass sein Partner sich eines solchen Gerätes bedient, garantiert es doch nur die Fähigkeit zur Wahrnehmung gegenseitiger Äusserungen in einem zwei- oder mehrseitigen Gespräch.

Mit Recht bestraft daher Art. 179ter Abs. 1 nur die Verwendung von Tonträgern. Nur sie stellen besondere technische Mittel dar, deren *Gebrauch im zwischenmenschlichen Gespräch keineswegs üblich ist und nicht geduldet werden muss.*

V. Die Schuldform

1. Die Täterhandlung muss vorsätzlich erfolgen.

2. Der Vorsatz umfasst sowohl das Wissen um den nichtöffentlichen Charakter des aufgenommenen Gesprächs als auch die Kenntnis der fehlenden Einwilligung der andern Gesprächspartner zur Aufnahme des Gesprächs. Der Vorsatz muss jedoch nicht auf die Kenntnisnahme des Gesprächsinhaltes ausgerichtet sein[136].

3. Eventualvorsatz ist sowohl bezüglich der nach Abs. 1 als auch der nach Abs. 2 strafbaren Handlungen möglich.

134 Vgl. dazu § 22

135 Vgl. § 11 III B Ziff. 2 f und Ziff. 3 d

136 Auch ein der Sprache Unkundiger kann sich als Gesprächspartner (vgl. oben III A) im Sinne von Art. 179ter Abs. 1 strafbar machen.

VI. Vorbereitungshandlung – Versuch – Vollendung

1. Der Versuch ist strafbar. Dementsprechend sind die Art. 21–24 StrGB anwendbar.

2. Für die Abgrenzung der straflosen Vorbereitungshandlungen vom Versuch einerseits und von Versuch und Vollendung anderseits sind die unter § 11 VI gewonnenen Kriterien zu berücksichtigen.

3. Es sind sowohl der vollendete, der unvollendete wie auch der untaugliche Versuch denkbar.

Die Ehefrau, welche ein Gespräch zwischen ihr und ihrem Gatten zu fixieren beabsichtigt, macht sich des *vollendeten Versuchs* der Tonaufnahme durch einen Gesprächspartner im Sinne von Art. 179 ter schuldig, wenn das eingesetzte Gerät nicht funktioniert, d. h. wenn sich nach Beendigung des Gesprächs herausstellt, dass eine Aufnahme gar nicht erfolgt ist.

Unvollendet ist der Versuch dann, wenn die Täterin z. B. infolge technischen Versagens des Aufnahmegerätes von ihrem Vorhaben ablässt, obwohl sie bereits mit der Ausführungshandlung begonnen, d. h. das Gerät in Betrieb gesetzt hat.

Sobald das Delikt ins Versuchsstadium tritt, ist auch die Anstiftung oder Gehilfenschaft[137] des mitwirkenden Detektivs zu den durch Art. 179 ter erfassten Handlungen strafrechtlich relevant. Er macht sich der Anstiftung oder Gehilfenschaft zum versuchten Delikt schuldig.

Im übrigen macht sich der Privatdetektiv, der das Gespräch zwischen seiner Auftraggeberin und deren Ehemann in einem parkierten Auto auf Band aufnehmen will, je nach der Sachlage, des vollendeten bzw. unvollendeten Versuchs des Aufnehmens fremder Gespräche im Sinne von Art. 179 bis strafbar.

VII. Teilnahme

1. Die durch Art. 179 ter erfassten strafbaren Handlungen sind als Vergehen ausgestaltet. Dementsprechend sind sämtliche Teilnahmeformen strafbar. Die blosse Aufforderung zu einer nach Art. 179 ter strafbaren Handlung ist nicht strafbar, wenn der Aufgeforderte nicht wenigstens einen Versuch unternommen hat.

2. Im Falle koordinierter Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen durch verschiedene Gesprächspartner liegt *Mittäterschaft* vor. Die Stellung eines Mittäters kann jedoch demjenigen nicht zukommen, der am aufzunehmenden Gespräch nicht selber teilnimmt[138].

So ist der Privatdetektiv, der das Vorgehen jener Ehefrau, die ein Gespräch zwischen ihr und ihrem Ehemann aufzeichnen möchte, unterstützt, indem er mit seiner Klientin gemeinsam einen Plan ausheckt, Geräte beschafft und installiert, Gebrauchs-

137 Vgl. VII

138 Für die Anstiftung und die Gehilfenschaft trifft diese Feststellung nicht zu. Vgl. im einzelnen § 13 V

anweisungen gibt und die Aufzeichnungen des Gesprächs auf ein Tonband ermöglicht, nicht als Mittäter zu betrachten. In Bezug auf Art. 179 ter ist er höchstens Gehilfe oder Anstifter. Im übrigen macht er sich nach Art. 179 bis strafbar[139]. Seine Täterschaft nach Art. 179 bis kann also mit einer Gehilfenschaft oder Anstiftung zu Art. 179 ter konkurrieren.

Der *Gehilfenschaft* macht sich der Detektiv etwa dann schuldig, wenn er auf Veranlassung eines Gesprächspartners[140] ein Tonaufnahmegerät in dem Raum installiert, wo das fragliche Gespräch stattfinden soll, oder wenn er die Haupttat des Gesprächsteilnehmers erleichtert, indem er die Tonaufzeichnung bewerkstelligt.

Anstifter ist der Detektiv bei folgender Sachlage: Eine Ehefrau erteilt ihm den allgemein gefassten Auftrag zur Überwachung ihres Ehemannes. Auf Grund eigener Initiative verschafft sich der Mandatar einen Miniatursender. Diesen übergibt er seiner Mandantin, der er auch die Handhabung und Montage des Gerätes erklärt. Die Installation erfolgt durch die Ehefrau.

Anstiftung zu einem nach Art. 179 ter Abs. 2 strafbaren Auswerten liegt beispielsweise auch dann vor, wenn die Ehefrau ihren Rechtsanwalt anweist, die durch sie hergestellten Aufnahmen im Scheidungsprozess zu verwerten[141].

3. Konkurrenz zwischen Mittäterschaft und Anstiftung ist möglich, wenn zwei Gesprächspartner, von denen der eine durch den andern angestiftet wurde, in Planung und Ausführung des Deliktes gemeinsam vorgehen.

VIII. Kasuistik

Dem Vorgehen des Täters liegt in der Regel die Absicht zugrunde, den Gesprächspartner bei seinen Äusserungen zu behaften. So geht aus dem Schrifttum[142] hervor, dass die heimliche Tonaufnahme zum Zwecke der Beschaffung von Beweismaterialien im Hinblick auf Scheidungsprozesse ein nicht selten verwendetes Mittel ist. Unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des aPR wurde etwa folgender Fall, der den Tatbestand von Art. 179 ter erfüllt, entschieden:

Ein mit seiner Frau in Scheidung stehender Ehemann hielt auf 72 Tonbändern Äusserungen fest, welche die Ehefrau im Verlaufe von ehelichen Auseinandersetzungen gemacht hatte. Die Aufnahmen wurden sowohl im Scheidungsprozess als Beweismittel[143] verwendet, als auch Dritten vorgespielt.

Strafbar macht sich m. E. auch ein Student, der sein eigenes Examen heimlich auf Tonband aufnimmt[144].

139 Vgl. oben III B Ziff. 1b

140 Sein Verhalten kann u. U. eine Anstiftung des Detektivs zu einem nach Art. 179 bis strafbaren Abhören oder Aufnehmen darstellen.

141 Eine solche Anstiftung kann auch vom Detektiv ausgehen.

142 Vgl. Bussmann, a.a.O., S. 27 und Henkel, a.a.O., S. 118

143 Zur Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Prozess vgl. § 22

144 Dies gilt sowohl für eine öffentliche als auch für eine nichtöffentliche Prüfung. Auch wenn die Prüfung öffentlich ist, d.h. faktisch jedermann die Möglichkeit hat, ihr beizuwohnen, so handelt es sich bei dem zwischen Examinator und Prüfling geführten Gespräch um ein nichtöffentliches. Die Unterhaltung der Gesprächspartner ist nämlich von einer Zweiseitigkeit be-

§ 13 Das Verhältnis von Art. 179bis und 179ter. Gemeinsames und Differenzen

I. Der Unterschied im Strafmass

1. Im Verlaufe der Vorberatungen wurde die Meinung vertreten, die von Art. 179 bis und 179 ter erfassten Verhaltensweisen seien in gleichem Masse verwerflich[145]. Auch Henkel[146] ist der Ansicht, dass es rechtlich keinen Unterschied ausmache, ob der Täter als Aussenstehender ein für ihn fremdes Gespräch belausche bzw. fixiere, oder ob er sich eines Vertrauensbruchs schuldig mache, indem er heimlich ein Gespräch festhält, an welchem er selber teilnimmt[147].

2. Eine Gleichsetzung der Strafwürdigkeit der beiden verschiedenartigen Handlungsweisen ist jedoch nicht angebracht. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass das Abhören oder Aufnehmen fremder Gespräche den schwerwiegenderen Eingriff in den persönlichen Geheimbereich darstellt als das Fixieren eines Gespräches auf einen Tonträger durch einen Gesprächspartner. Diesen unterschiedlichen Unrechtsgehalt[148] hat der Gesetzgeber denn auch berücksichtigt, indem er die Strafdrohung des Art. 179ter milder ausgestaltete, als diejenige von Art. 179 bis.

II. Abweichende Fassungen der drei amtlichen Texte

Wir haben uns hier für die Notwendigkeit umfassender Bestrafung sämtlicher Handlungen ausgesprochen[149], die auf eine Verwertung der gemäss Art. 179 bis Abs. 1 und 179 ter Abs. 1 rechtswidrig abgehörten oder aufgenommenen Gespräche abzielen. Beim Vergleich der drei amtlichen Texte des BG betr. VpG fällt nun auf, dass die Fassung der Absätze 2 und 3 von Art. 179 bis in allen drei Amtssprachen sinngemäss übereinstimmen. Eine *Differenz* bezüglich der Strafbarkeit von Verwertungshandlungen ergibt sich jedoch in *Abs. 2* von *Art. 179 ter*. Sie soll in der folgenden Darstellung aufgezeigt werden.

stimmt. Der Prüfende wendet sich mit seinen Fragen ausschliesslich an den Prüfling, um von diesem auf Grund der erhaltenen Antworten einen Eindruck zu gewinnen. Die Zulassung der Öffentlichkeit bezweckt lediglich deren Information über den Prüfungsmodus. Der Zuhörer, der das Prüfungsgespräch auf Tonband festhält, macht sich, da er nicht als Gesprächsteilnehmer zu betrachten ist (vgl. oben III A), nach Art. 179 bis Abs. 1 strafbar.

145 Amtliches Bulletin, Nationalrat 26.6.1968, S. 338

146 A.a.O., S. 122

147 Diese Ansicht bestimmte massgebend die Fassung des E 1962, welche eine den Artikeln 179 bis und 179 ter StrGB zugrundeliegende Differenzierung mied.

148 Jäggi, a.a.O., S. 235 a

149 § 11 III B Ziff. 2a und § 12 III B Ziff. 2

	deutsch	französisch	italienisch
179bis Abs. 2	auswerten einem Dritten bekanntgeben	tirer profit donner connaissance à un tiers	sfruttare communicare a un terzo
179bis Abs. 3	aufbewahren einem Dritten zugänglich machen	conserver rendre accessible à un tiers	conservare rendere accessibile a un terzo
179ter Abs. 2	auswerten einem Dritten bekanntgeben aufbewahren einem Dritten zugänglich machen	tirer profit ——— conserver rendre accessible à un tiers	sfruttare ——— conservare rendere accessibile a un terzo

Für die Lückenhaftigkeit der französischen und der italienischen Fassung von Art. 179ter Abs. 2 sprechen folgende Tatsachen:

Der Gesetzgeber bemühte sich um einen möglichst umfassenden Schutz gegen Verletzungen des persönlichen Geheimbereichs durch neuartige TBA. Dementsprechend legt das Bundesgesetz den Artikeln 179bis, 179ter und 179^{quater} die Bestrafung von vier verschiedenen Verwertungsarten zugrunde. Wenn der französische und der italienische Text des Artikels 179ter dieser Vierteilung nicht nachkommen — in den Artikeln 179bis und 179^{quater} ist ihr in allen drei Sprachen Rechnung getragen —, so sind sie *systemwidrig.*

III. Der Dritte als Empfänger rechtswidrig erlangter Tatsachen und Aufnahmen

1. Dritter im Sinne von Art. 179bis Abs. 2 und 3 und 179ter Abs. 2 kann nur sein, wer weder als Täter noch als Opfer gemäss den beiden ersten Absätzen dieser Bestimmungen zu betrachten ist[150]. Eine Bekanntgabe von abgehörten oder aufgenommenen Tatsachen stellt nämlich dann gar keine Verletzung des persönlichen Geheimbereichs dar, wenn der Empfänger die fragliche Tatsache bereits kennt. Dies trifft zu, wenn der Empfänger mit dem Urheber der belauschten und verwerteten Äusserung identisch ist. Auch wer ein nichtöffentliches Gespräch in rechtswidriger Weise abgehört oder aufgenommen hat, kennt dessen Inhalt. Selbst wenn dies aber nicht der Fall ist, wenn der Täter beispielsweise ein Gespräch auf einen Tonträger aufnimmt, ohne von dessen Inhalt Kenntnis zu nehmen, hat er doch die Fixierung bewerkstelligt, d.h. die ursprüngliche Verletzung des persönlichen Geheimbereichs herbeigeführt.

150 Als eine sowohl vom Täter als auch vom Opfer der strafbaren Handlung verschiedene Person ist der "Dritte" im Sinne von Art. 57 PVG zu betrachten. Er ist hier *Empfänger* einer in Verletzung des Postgeheimnisses erfolgenden Mitteilung. Das StrGB spricht vor allem im Rahmen der SchKG-Delikte (Art. 147, 163 Abs. 2, 164 Abs. 2, 170) vom "Dritten". Es bezeichnet damit eine vom Schuldner und Gläubiger verschiedene *Täter*person.

Er ist also bezüglich der nach Art. 179bis Abs. 1[151] strafbaren Handlungen keineswegs als unbeteiligter Dritter zu betrachten.

2. Aus den hier angestellten Überlegungen können für die Praxis folgende Konsequenzen gezogen werden:

a. Spielt der Täter ein auf Band aufgenommenes Gespräch einem beteiligten Gesprächspartner vor, um ihn zu erpressen, kommt dem Erpressten nicht die Stellung eines Dritten im Sinne von Art. 179ter Abs. 2 zu. Der Täter macht sich jedoch eines Auswertens der rechtswidrig erstellten Aufnahme schuldig[152].

b. Die Gattin, welcher der neugierige Nachbar eine ohne ihr Wissen hergestellte Aufnahme eines Gesprächs zwischen ihr und ihrem Mann aushändigt, ist nicht als Dritte zu betrachten. Der Nachbar, der sich nach Art. 179bis Abs. 1 strafbar macht, erfüllt also nicht auch den Straftatbestand des Bekanntmachens an Dritte gemäss Art. 179bis Abs. 2.

IV. Das Tatbestandsmerkmal der "Heimlichkeit"

1. Vorwiegend in der deutschen Lehre bahnte sich die Tendenz an, die heimliche Tonaufnahme schlechthin als unzulässig zu betrachten. Diese Bestrebungen gipfelten in den durch die Weinheimertagung 1956 gefassten Entschlüssen[153], die eine Abgrenzung rechtswidriger und rechtmässiger Tonbandaufnahmen[154] in der Weise anstrebten, dass generell jede heimliche Tonbandaufnahme als unzulässig zu betrachten sei[155].

2. Die Heimlichkeit einer Aufnahme ist aber m.E. ein untaugliches Kriterium für die angestrebte Abgrenzung. Es ist daher zu begrüssen, dass darauf verzichtet wurde, die Heimlichkeit in den Art. 179bis und 179ter als Tatbestandsmerkmal auszugestalten.

a. Es ist nämlich für einen Unbeteiligten durchaus möglich, ein öffentliches Gespräch heimlich aufzunehmen. Die Öffentlichkeit schliesst die Möglichkeit heimlichen Vorgehens keineswegs aus[156].

Für die strafrechtliche Verfolgung der innerhalb der Gemeinsphäre hergestellten Tonaufnahmen besteht kein kriminal-politisches Bedürfnis.

b. Aus der Überlegung heraus, dass im Falle der fehlenden Einwilligung durch einen Gesprächspartner das Vorgehen des Täters ohnehin heimlich ist[157], wurde der ur-

151 Der Sachverhalt ist nur bezüglich dieser Strafbestimmung möglich. Der nach Art. 179ter Abs. 1 strafbare Täter erhält immer *Kenntnis* vom aufgenommenen Gespräch.

152 Idealkonkurrenz mit Art. 156 StrGB.

153 A.a.O., S. 98 f.

154 Die Diskussion beschränkte sich auf die Frage der rechtlichen Stellung des Tonbandes. Dies hat seinen Grund darin, dass es sich dabei um den heute meistverbreiteten Tonträger handelt.

155 Vgl. die Kritik dieser allgemein gefassten Feststellung bei Lang, a.a.O., S. 19. Gegen ein generelles Verbot der Heimlichkeit von Bandaufnahmen spricht sich auch Aeppli aus (Das Tonband im Strafverfahren, S. 223). Aber auch anlässlich der Weinheimer Tagung, a.a.O., S. 92, sind Stimmen laut geworden, die sich gegen ein allgemeines Verbot der heimlichen Tonaufnahme wandten. Leider hatten sie zu wenig Durchschlagskraft.

156 Jäggi, a.a.O., S. 236 a

157 Amtliches Bulletin, Nationalrat 26.6.1968, S. 342

sprünglich in Artikel 179ter vorgesehene Begriff[158] der Heimlichkeit im Verlaufe der Beratungen gestrichen[159].

Sicherlich wird eine Tonaufnahme, die ohne Einwilligung der Gegenpartei durch einen Gesprächspartner erfolgt, stets heimlich hergestellt. Würde nur jede unter Gesprächspartnern erfolgende *heimliche Tonaufnahme schlechthin* bestraft, müssten durch sehr elastische Vorschriften Ausnahmen von der allgemeinen Strafbarkeit geschaffen werden[160].

Es ist z.B. möglich, dass die Einwilligung zu einer Aufnahme inter partes gegeben ist (man denke an konkludentes Verhalten im Geschäftsverkehr[161]). Wenn in einem solchen Fall die Aufnahme ohne vorherige Anzeige, d.h. heimlich erfolgt, so soll Straflosigkeit gegeben sein.

V. Vergleich der Teilnahmeformen

1. Mittäter bezüglich der nach Art. 179 bis Abs. 1 strafbaren Handlungen kann nur sein, wer selber nicht am abgehörten oder aufgenommenen Gespräch teilnimmt.

Dasselbe gilt auch für die nach Abs. 2 strafbaren Handlungen. Nur wer nicht selber am abgehörten oder aufgenommenen Gespräch teilgenommen hat, kann ja auf Grund einer nach Abs. 1 strafbaren Handlung Kenntnis von der Tatsache gewonnen haben, die er (in Mittäterschaft) auswerten oder einem Dritten bekanntgeben wird.

Als Mittäter im Sinne von Art. 179ter Abs. 1 ist umgekehrt nur zu betrachten, wer selber als Gesprächspartner am aufgenommenen Gespräch teilnimmt.

2. Bei allen andern durch die Artikel 179bis und 179ter erfassten Straftatbeständen kann Mittäter, Anstifter oder Gehilfe sowohl der am fraglichen Gespräch Teilnehmende als auch der nicht Teilnehmende sein.

158 Vgl. Botschaft

159 Das "heimliche Aufnehmen von Gesprächen" im Marginale wurde abgeändert auf "unbefugtes Aufnehmen von Gesprächen". Ein redaktionelles Versehen dürfte sich bei der Fassung des Marginale zum italienischen Text eingeschlichen haben. Das "Heimlich" wurde nämlich beibehalten. "Registrazione clandestina di conversazioni" hätte konsequenterweise ersetzt werden müssen durch "registrazione non autorizzata di conversazioni" (vgl. den französischen Text: "enregistrement non autorisé de conversations"). Im übrigen trifft m. E. die in den Vorberatungen vertretene Ansicht zu, dass das "Unbefugt" infolge der Strafausschliessungsgründe von Art. 179 quinquies überflüssig werde. Die Fassung "Aufnehmen durch einen Gesprächsteilnehmer" hätte beispielsweise den inhaltlichen Unterschied zu Art. 179 bis besser angezeigt.

160 Schultz, Gutachten, S. 15

161 Jäggi, a.a.O., S. 234 a

§ 14 Artikel 179quater

Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte

Wer eine Tatsache aus dem Geheimbereich eines andern oder eine nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache aus dem Privatbereich eines andern ohne dessen Einwilligung mit einem Aufnahmegerät beobachtet oder auf einen Bildträger aufnimmt,

wer eine Tatsache, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie auf Grund einer nach Absatz 1 strafbaren Handlung zu seiner Kenntnis gelangte, auswertet oder einem Dritten bekanntgibt,

wer eine Aufnahme, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie durch eine nach Absatz 1 strafbare Handlung hergestellt wurde, aufbewahrt oder einem Dritten zugänglich macht,

wird, auf Antrag, mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.

I. Allgemeines

1. Die zitierte Gesetzesbestimmung gab sowohl in den Kommissionen als auch im Parlament zu längeren Diskussionen Anlass. Der Norm liegt unverkennbar die Tendenz zugrunde, einen Damm gegen überbordende Berichterstattung zu errichten[162]. Daher ist es begreiflich, dass gerade Photoreporter, sowie Vertreter von Radio und Zeitungen zu bedenken gaben, dass durch diese Regelung die Pressefreiheit tangiert werden könnte[163].

2. Die Bedenken gegen die strafrechtliche Erfassung der missbräuchlichen Verwendung von Bildaufnahmegeräten und Bildträgern fussten auf folgenden Argumenten:

- Zur Verfolgung der durch Art. 179quater erfassten Verletzungen des persönlichen Geheimbereichs reichten die durch das Zivilrecht gegebenen Rechtsbehelfe aus.
- Das Bedürfnis nach strafrechtlichem Schutz von Eingriffen dieser Art sei gering, da doch lediglich Personen des öffentlichen Lebens solchen Verstössen ausgesetzt seien.
- Ferner sei es schwierig, die verschiedenen menschlichen Lebensbereiche gegeneinander abzugrenzen.

Diesen Einwänden ist m.E. entgegenzuhalten:

- Der durch das Privatrecht gewährte Rechtsschutz ist in seiner Konkretisierung zu schwerfällig.
- Angriffe auf das Privatleben drohen heute nicht nur den sich exponierenden Personen des öffentlichen Lebens. Die Bildaufnahmetechnik wird immer mehr in den Dienst der Überwachung von Mitmenschen gestellt. Man denke etwa an die vor allem in den USA weitverbreitete Überwachung der Arbeitsplätze durch versteckt angebrachte Fernsehkameras. Im übrigen will Art. 179quater nicht in erster Linie

162 Vgl. Amtliches Bulletin, Nationalrat 26.6.1968

163 Dies kam am Schweizerischen Juristentag 1960 verschiedentlich zum Ausdruck. Vgl. ZSR 79 (1960) 2. Halbband, S. 675 a.f.

einer bereits verbreiteten Unsitte entgegenwirken; er hat vielmehr präventiven Charakter.

- Ein Verzicht auf diese Gesetzesbestimmung führte ausserdem zu einer Ungereimtheit innerhalb des BG betr. VpG. Artikel 179quater stellt nämlich das Gegenstück zu Art. 179bis dar. Bliebe die Verletzung des persönlichen Geheimbereichs durch Bildaufnahmegeräte und Bildträger straflos, so bedeutete dies in der Praxis nichts anderes, als dass die Überwachung einer Person nur dann strafbar wäre, wenn sie mit Hilfe der Tonaufnahmetechnik geschieht. Im Gegensatz zur akustischen Bespitzelung bliebe die visuelle straflos. Dieser Unterschied scheint jedoch keineswegs gerechtfertigt. Vielmehr stellen beide Arten des Angriffs auf den persönlichen Geheimbereich durchaus gleiches strafwürdiges Unrecht dar[164].
- Die sich im Zusammenhang mit der gegenseitigen Abgrenzung von Privat- und Geheimbereich ergebenden Schwierigkeiten sind infolge der Formulierung des Art. 179quater weitgehend überbrückt[165].

3. Wie das durch Art. 179bis unter Strafe gestellte, verleiht auch das durch Artikel 179quater erfasste Vorgehen dem Täter eine gewisse Macht über den Beobachteten. Dieser Macht, die eine Gefahr für die Freiheit und Selbstbestimmung der Person darstellt, gilt es Schranken zu errichten.

II. Das Handlungsobjekt

A. Begriffsbestimmung

1. Den Schutz von Artikel 179quater geniessen *Tatsachen aus dem Geheimbereich* und die *nicht jedermann ohne weiteres zugänglichen Tatsachen aus dem Privatbereich* einer Person.

2. Im Gegensatz zu den Artikeln 179bis und 179ter ist diese Gesetzesbestimmung nicht auf ganz bestimmte, im Gesetz genau umschriebene Verletzungsmodalitäten des persönlichen Geheimbereichs zugeschnitten, sondern will den persönlichen Geheimbereich schlechthin gegen Angriffe durch Bildaufnahmegeräte und Bildträger schützen.

Die Ansicht, bei dieser Bestimmung handle es sich um eine Generalklausel, wäre nun aber verfehlt. Verschiedentlich kam in den Vorberatungen zum Ausdruck, dass der durch das Strafrecht gewährte Schutz des persönlichen Geheimbereichs nicht in einer Generalklausel konkretisiert werden könne. Art. 179quater kommt diesem Erfordernis durchaus nach. Einerseits umschreibt er das Handlungsobjekt präzise, indem er von Tatsachen aus dem Geheimbereich und aus dem nicht jedermann ohne weiteres zugänglichen Teil des Privatbereichs spricht. Anderseits beschränkt er die Strafbarkeit auf Verletzungen des persönlichen Geheimbereichs, die durch Anwendung besonderer technischer Geräte (d.h. Bildaufnahmegeräte und Bildträger) erfolgen.

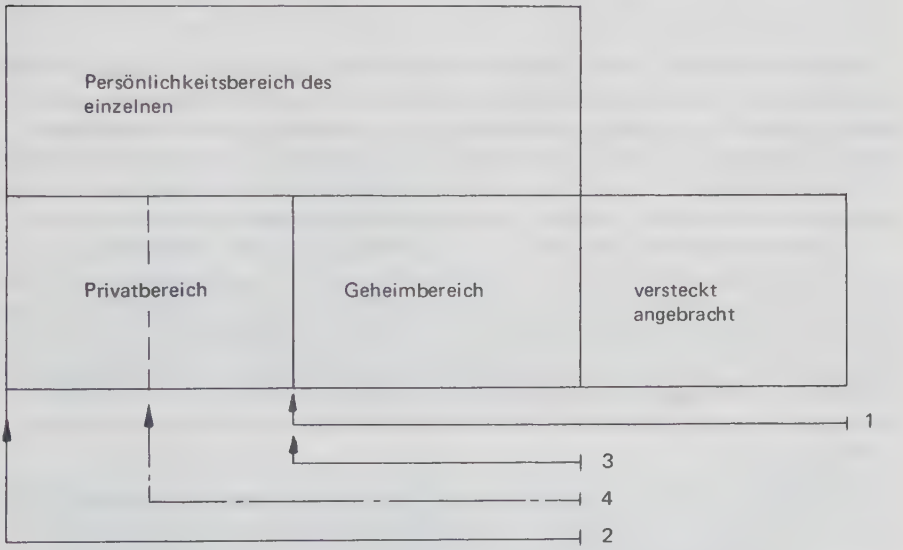
164 Mit Recht setzt sich Lang, a.a.O., S. 152 Anm. 41 für die Bestrafung sowohl der mittels Ton-, als auch Bildaufnahme begangenen Indiskretionen ein.

165 Vgl. im einzelnen Ziff. II B

3. Unter *Tatsachen* sind Ereignisse oder Zustände der Gegenwart oder Vergangenheit zu verstehen, die in Erscheinung treten und wahrnehmbar sind[166]. Nicht nur die Verhaltensweisen und das Erscheinungsbild des Opfers, sondern auch Schriftstücke[167], Bilder, Photographien, Pläne etc. können Tatsachen im Sinne von Art. 179quater darstellen und einem durch diese Bestimmung geschützten Lebensbereich des Menschen angehören[168].

4. Die Umschreibung der durch Art. 179quater geschützten Lebensbereiche gab zu ausgedehnten Diskussionen Anlass. Während der Ständerat, der Fassung der bundesrätlichen Botschaft folgend, "Tatsachen aus dem Geheimbereich" geschützt wissen wollte, trat der Nationalrat für den Schutz sowohl der "Tatsachen aus dem Geheimbereich als auch aus dem Privatbereich" ein. Erst ein Vermittlungsvorschlag des EJPD, dem die heutige Fassung des Artikels 179quater zu verdanken ist, fand schliesslich die Zustimmung beider Räte.

Eine schematische Aufzeichnung mag die Verschiedenheit der ursprünglichen Standpunkte veranschaulichen.



1. Gemäss Entwurf vom 21.2.1968 durch den Bundesrat vorgesehener Schutzbereich.

"Wer eine Tatsache aus dem Geheimbereich eines andern ohne dessen Einwilligung mit einem versteckt[169] angebrachten Bildaufnahmegerät beobachtet oder auf einen Bildträger aufnimmt, . . ."

166 Schwander, a.a.O., S. 385
167 Über das Verhältnis von Art. 179 und 179 quater vgl. besonders § 19 II
168 Vgl. Giesker, a.a.O., S. 45
169 Zur Problematik, die sich bezüglich dieses Tatbestandsmerkmals ergibt, vgl. später II C Ziff. 7

2. Gemäss den Beschlüssen vom 26.6. und 3.12.1968 durch den Nationalrat vorgesehener Schutzbereich.

   "Wer eine Tatsache aus dem Geheim- oder aus dem Privatbereich eines andern ohne dessen Einwilligung mit einem Aufnahmegerät . . ."

3. Gemäss Beschluss vom 17.9.1968 durch den Ständerat vorgesehener Schutzbereich.
   "Wer eine Tatsache aus dem Geheimbereich eines andern ohne dessen Einwilligung mit einem Aufnahmegerät . . ."

4. Durch den Vermittlungsvorschlag vom 4.12.1969 vorgesehener Schutzbereich.

   "Wer eine Tatsache aus dem Geheimbereich eines andern oder eine nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache aus dem Privatbereich eines andern ohne dessen Einwilligung mit einem Aufnahmegerät . . ."

B. Die praktische Anwendung

1. Welchem Lebensbereich eine bestimmte Tatsache zuzuordnen ist, bestimmt sich in concreto nach der Art der Beziehungen einer Person zur Öffentlichkeit. Die Ausgestaltung dieser Beziehungen erfolgt nicht durch jedermann nach gleichen Massstäben. Daher gestaltet sich auch der Inhalt der einzelnen Lebensbereiche von Mensch zu Mensch verschieden. Es soll hier versucht werden, die auf Grund der gesetzlichen Ausdrucksweise von Art. 179quater erfassten Schutzbereiche näher zu beleuchten.

Die Gutheissung des durch das EJPD eingebrachten Vermittlungsvorschlages darf wohl als Versuch gewertet werden, den in der Literatur[170] bestehenden uneinheitlichen Vorstellungen über Begriff und Arten des Privatbereichs zu begegnen. Ob eine Präzisierung des Straftatbestandes von Art. 179quater in objektiver Hinsicht dieses Ziel zu erreichen imstande ist und dem Zweck dieser Bestimmung, der Erfassung heimtückischer Eingriffe in den persönlichen Geheimbereich durch Bildaufnahmegeräte und Bildträger, entspricht, kann erst im Anschluss an diese Ausführungen beantwortet werden[171].

2. Bezüglich der dem Gemeinbereich und dem jedermann ohne weiteres zugänglichen Teil des Privatbereichs zugehörenden Tatsachen anerkennt das Gesetz ein Wahrnehmungs- und Informationsinteresse der Öffentlichkeit. Wer sich in der Öffentlichkeit exponiert, der kann sich nicht auf Art. 179quater berufen. Der Öffentlichkeit in starkem Masse ausgesetzt sind vor allem Personen des öffentlichen Lebens. Es sind dies Personen, die entweder ein öffentliches Amt bekleiden oder auf Grund ihrer Tätigkeit eine besonders exponierte Stellung einnehmen. Dem Gemeinbereich dieser Personen sind deren öffentlichkeitsbezogene Tätigkeitsbereiche zuzuordnen[172].

170 Vgl. etwa die umfassenden Zusammenstellungen divergierender Meinungen bei Riklin, a.a.O., S. 195 ff. und Schumacher, a.a.O., S. 132 ff.

171 Vgl. später unter II C

172 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts hat die Presse das Recht, über die Tätigkeit der in öffentlichen Ämtern stehenden Personen zu berichten. BGE 52 I 263, 60 II 389, 71 II 191. Vgl. Tuor, a.a.O., S. 78. Es ist der Presse z.B. das Recht zuzubilligen, das Porträt

So darf ein Politiker, der an einer Einweihung oder einem öffentlichen Empfang teilnimmt, ohne weiteres photographiert und diese Aufnahme publiziert werden. Gleiches gilt von Bildaufnahmen, die bei einer Wahl, Ernennung, Auszeichnung oder einem Rücktritt eines Behördenmitgliedes gemacht werden. Wer als Redner, Künstler, Sportler, schlechthin als Person der Zeit- oder Tagesgeschichte[173] auftritt, hat die im Zusammenhang mit seinem Auftritt entstehende Bildreportage, die seine Person einem breiten Publikum vorstellt, zu dulden. So gehören die bei einer Fernsehübertragung aus dem Parlament verfolgten Verhaltensweisen dem Gemeinbereich der beobachteten Parlamentarier an[174].

3. In der bezüglichen Rechtsliteratur gesteht man nun aber der Person ganz allgemein, auch derjenigen des öffentlichen Lebens, das *Recht auf eine Privatsphäre* zu[175]. Art. 179quater unterteilt den Privatbereich in einen jedermann ohne weiteres zugänglichen und einen nicht jedermann ohne weiteres zugänglichen Teil. Der Inhalt desjenigen Lebensbereichs, den das Gesetz als *jedermann ohne weiteres zugänglichen Teil des Privatbereichs* bezeichnet, kann am ehesten durch die Bezeichnung "Privatsphäre in der Öffentlichkeit"[176] eingefangen werden. Damit werden nach Riklin jene das Eigenleben betreffenden Tatsachen erfasst, die sich in der Öffentlichkeit abspielen (rsp. befinden) und die jedermann faktisch ohne besondere Vorkehren wahrnehmen kann. Diesem Teil der Privatsphäre gehören etwa folgende Lebensäusserungen an[177]:

- Eine prominente Persönlichkeit hält sich an einem allgemein zugänglichen Badestrand auf[178] oder spaziert mit seinen Familienangehörigen auf einer öffentlichen Strasse[179], befindet sich also an einem jedermann zugänglichen Ort.
- Der Abschiedskuss am Bahnhof[180].
- Jemand weint am Grabe eines ihm nahen Angehörigen[181].
- Die von Betroffenen einer Naturkatastrophe geäusserten Gefühlsemotionen.

In all diesen Fällen kann man wohl von einem "privaten Auftreten" in der Öffentlichkeit sprechen. Obwohl der einzelne den Blicken eines unbeschränkt grossen Kreises von Mitmenschen ausgesetzt ist, wird sein Verhalten nicht von einem Kundgabewillen getragen. Er verhält sich nicht gleich, wie wenn er sich bewusst ist, dass die

einer öffentlich tätigen Person zu bringen. Die Öffentlichkeit hat ein Recht zu wissen, wie diese Person aussieht (Schumacher, a.a.O., S. 141; Gutachten Max-Planck-Institut, S. 75).

173 Als Person der Zeit- oder Tagesgeschichte ist zu betrachten, wer durch seinen Beruf, seine Verdienste auf dem Gebiet der Wissenschaft, Kunst, Industrie oder durch irgendeine andere Handlung das Interesse der Allgemeinheit auf sich lenkt (Landwehr, a.a.O., S. 92)

174 Dabei spielt es keine Rolle, ob der eine oder andere Ratsherr in einer lächerlich wirkenden Situation (z.B. gähnend) ertappt wird. Das von Jäggi, a.a.O., S. 332 a und Riklin, a.a.O., S. 240 berücksichtigte Kriterium des Anstandes bleibt irrelevant, weil Art. 179 quater seinen Schutz überhaupt nicht auf den Gemeinbereich ausdehnt.

175 Schumacher, a.a.O., S. 133; Kommentar Gutzwiller, S. 371; Jäggi, a.a.O., S. 226 a, 230 a und 246 a; Hotz, a.a.O., S. 69 ff. und 81 ff.; Grossen, a.a.O., S. 84; Riklin, a.a.O., S. 230; Bussmann, a.a.O., S. 55

176 Riklin, a.a.O., S. 200

177 Vgl. insbesondere Riklin, a.a.O., S. 200 f. und S. 239 f.

178 Henkel, a.a.O., S. 82

179 Schumacher, a.a.O., S. 142

180 Jäggi, a.a.O., S. 230 a

181 Jäggi, a.a.O., S. 230 a

Blicke der Allgemeinheit auf seine Person ausgerichtet sind (wie dies zum Beispiel bei einer Fernsehübertragung seiner Rede der Fall ist). Zutreffend spricht Jäggi[182] von einem "privatöffentlichen" Verhalten.

4. In der Praxis dürfte vor allem die Abgrenzung des Gemeinbereichs von dem jedermann ohne weiteres zugänglichen Teil des Privatbereichs Schwierigkeiten bereiten. Diese Unterscheidung ist zwar strafrechtlich irrelevant, behandelt doch Art. 179quater beide Bereiche nach gleichen Kriterien. Es soll hier jedoch trotzdem versucht werden, das wesentliche Unterscheidungskriterium aufzuzeigen, weil durch eine begriffliche Umfassung die Abgrenzung gegenüber jenem Teil des Privatbereichs, der nicht jedermann ohne weiteres zugänglich ist, erleichtert werden kann.

Welchem Lebensbereich gehört also etwa das Verhalten eines Zuschauers anlässlich einer öffentlichen Sportveranstaltung an? Wie ist das Verhalten einer Zuschauergruppe, welche den Anlass dazu benützt, politische Propaganda zu betreiben, indem sie Spruchbänder hissend das Sportstadion abschreitet, einzuordnen? In welchem Bereich bewegt sich ein Zuschauer, der aus Empörung über die Spielleitung aufsteht und in die Menge brüllt?

Eine klare Abgrenzung erlaubt im konkreten Fall nur die Beleuchtung des das Verhalten einer Person bestimmenden *Kundgabewillens.* Bemüht sich eine Person offensichtlich, die Allgemeinheit auf ihre Anwesenheit aufmerksam zu machen, so tritt sie aus ihrem Privatbereich heraus. Daher gehört selbstverständlich die von den Zuschauern verfolgte Leistung des Sportlers dem Gemeinbereich an. Im Gemeinbereich bewegt sich auch, wer Spruchbänder umherträgt oder sich in der Öffentlichkeit auf Diskussionen einlässt. Das Verhalten desjenigen, der inmitten einer Zuschauermenge das Spiel verfolgt, gehört auch dann dessen Privatbereich an, wenn er sich lautstark äussert. Sein Verhalten wird mit demjenigen der übrigen Zuschauer verglichen werden müssen. Es wird zu untersuchen sein, ob er innerhalb einer aufgebrachten Menge mitschreit, oder ob er sich durch seine Exzesse exponiert. Im ersten Fall gehört sein Verhalten dem Privatbereich an, im zweiten dem Gemeinbereich. Allein der Umstand, dass der Zuschauer um eine Fernsehübertragung des Sportereignisses weiss und damit rechnen muss, im Bilde festgehalten zu werden, rechtfertigt noch nicht die Annahme, er bewege sich im Gemeinbereich.

An die auf der Ausgestaltung des Kundgabewillens basierende Unterscheidung zwischen Gemeinbereich und jedermann ohne weiteres zugänglichem Teil des Privatbereichs knüpft Art. 179quater, wie bereits erwähnt, keine rechtlichen Folgen. Dies führt zu folgenden Konsequenzen:

Das Verhalten einer Person innerhalb dieser beiden Bereiche darf ohne weiteres mit Aufnahmegeräten beobachtet und bildlich fixiert werden. Es spielt also keine Rolle, ob der Beobachtete inmitten einer Menschenmenge als irgendwer erscheint – die Identifizierungsmöglichkeit ist dabei unbeachtlich –, oder ob er als Einzelperson auf den Bildschirm gebannt wird[183]. Wer aus dem Publikum heraus in Grossaufnahme von einer Fernsehkamera verfolgt und vielleicht der Lächerlichkeit preisgege-

182 A.a.O., S. 245 a

183 Die von Jäggi, a.a.O., S. 230 a angestrebte Differenzierung, wonach photographische Fixierungen nur zulässig sein sollten, sofern die betreffende Person auf dem Bild als "irgendwer" erscheint, kann demnach auf Grund von Art. 179quater nicht ins Strafrecht übernommen werden.

ben wird, geniesst ebensowenig strafrechtlichen Schutz, wie die an einem öffentlichen Badestrand badende Prominenz, welche durch Reporter photographiert wird.

5. Der vom strafrechtlichen Schutz des Artikels 179quater erfasste, *nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Teil des Privatbereichs* gestaltet sich folgendermassen:

Diesem Bereich sind vorwiegend familiäre, häusliche, verwandtschaftliche und freundschaftliche Verhältnisse zuzuordnen[184]. Der Rechtsträger äussert bezüglich dieser Tatsachen nicht nur keinen Kundgabewillen, sondern sein Verhalten verrät das Bestreben, diese Tatsachen gar nicht allgemein bekannt werden zu lassen. Die Hindernislosigkeit der Wahrnehmung ist also nicht mehr gegeben. Diese Abschirmung erfolgt dadurch, dass eine Person sich aus der Öffentlichkeit zurückzieht. Sie schützt gewisse Lebensbetätigungen vor den Blicken eines breiten Publikums. Dies geschieht regelmässig durch die Errichtung von Hindernissen, welche die Wahrnehmung der fraglichen Tatsachen verunmöglichen sollen.

- Jemand fühlt sich in seiner Wohnung beobachtet und schliesst daher die Fensterläden.
- Eine Prominenz sucht Schutz vor aufdringlichen Presseleuten, indem sie sich hinter den Mauern ihres Gartens aufhält.
- Die durch Polizeiorgane zu einer Gerichtsverhandlung geführte Person verdeckt sich mit einem Tuch ihr Gesicht[185].

Die Erfüllung des Tatbestandes in objektiver Hinsicht ist dementsprechend nur dann gegeben, wenn diese Hindernisse unerlaubterweise überwunden werden[186].

6. Endlich drängt sich noch eine Gegenüberstellung des durch Art. 179quater geschützten Teils des Privatbereichs mit dem ebenfalls von dieser Bestimmung erfassten *Geheimbereich* auf.

Sämtliche diesen beiden Bereichen angehörenden Tatsachen spielen sich zwar nicht in der Öffentlichkeit ab. Die Tatsachen des nicht jedermann ohne weiteres zugänglichen Teils des Privatbereichs können jedoch faktisch noch ohne weiteres durch die mit jemandem nahe verbundenen Personen wahrgenommen werden[187]. So nehmen Familienangehörige und Bedienstete der sich von der Öffentlichkeit absondernden Prominenz an dem der Öffentlichkeit entzogenen Geschehen teil. Die Tatsachen des Geheimbereichs – sie sind nur dem Geheimnisträger resp. den von diesem genau ausgewählten Personen bekannt[188] – können hingegen durch niemanden, also auch nicht durch eng mit dem Geheimnisträger verbundene Personen, wahrgenommen werden[189]. So entzieht sich beispielsweise der Inhalt der durch ein Familienmitglied

184 Schumacher, a.a.O., S. 136

185 Es gilt folgende Differenzierung zu beachten: Das in der Öffentlichkeit erfolgende Abführen einer Person gehört dem Gemeinbereich an. Wer also den Vorgang des Abführens einer Person, sei deren Gesicht verdeckt oder nicht, photographiert, bleibt straflos. Jene Person, die ihr Gesicht verdeckt, will dieses den Blicken der Öffentlichkeit entziehen. Der Gesichtsausdruck gehört in diesem Fall dem nicht jedermann ohne weiteres zugänglichen Teil des Privatbereichs an. Daher dringt in diesen Bereich ein, wer die Abschirmung gewaltsam entfernt und eine Photographie herstellt.

186 Worin diese Überwindung bestehen kann, wird unter Ziff. III zu erörtern sein.

187 Riklin, a.a.O., S. 199

188 Vgl. § 2 IV

189 Riklin, a.a.O., S. 197. Schumacher, a.a.O., S. 133

eingeschlossenen Schriften der Kenntnis der übrigen Angehörigen. Der Inhalt eines zwischen zwei Familienangehörigen geführten Gesprächs kann u.U. nur für diese beiden bestimmt sein.

7. Während die Doktrin allgemein ein sog. "Recht am eigenen Bilde" anerkennt, umging die schweizerische zivilrechtliche Rechtsprechung bisher eine klare Stellungnahme zu diesem Recht[190]. Wenn Art. 179quater StrGB u.a. bestimmte Angriffe auf das menschliche Erscheinungsbild als Unterscheidungs- und Individualisierungsmittel erfasst, ist damit der strafrechtliche Schutz des "Rechts am eigenen Bilde" weitgehend sichergestellt.

Darüber hinaus kann aber der durch Art. 179quater gewährte Schutz auch das sog. "Lebensbild" eines Menschen erfassen. Darunter ist der Inbegriff von Einzeltatsachen zu verstehen, die in ihrer Totalität ein Gesamtbild einer bestimmten Person vermitteln[191]. Die nach Art. 179quater strafbaren Beobachtungen oder Fixierungen können nämlich Tatsachen betreffen, die durchaus geeignet sind, ein Lebensbild eines Menschen zu vermitteln. Man denke an eine zahlreiche Schicksalsschläge aus dem gesamten Leben einer Person dokumentierende Bildreportage. Ein solches Gesamtbild zeichnet etwa die Abbildung von Gegenständen, zu denen eine Person besonders enge Beziehung hat, die Darstellung von Wohn- oder Schlafstätten[192] und die Veröffentlichung verschiedener Szenen aus der Jugend oder dem Familienkreis.

Die Vermittlung des Lebensbildes einer Person ist aber nur dann strafbar, wenn sie mit Hilfe der durch Art. 179quater genannten technischen Apparaturen erfolgt. Unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des persönlichen Geheimbereichs bleibt demnach die Darstellung eines Lebensbildes durch Drittpersonen in einem Bühnenstück oder Film, sowie durch literarische Beschreibung straflos[193].

Die nach Art. 179quater strafbaren Handlungen brauchen nun aber durchaus nicht immer ein Lebensbild einer Person zu betreffen. Vielmehr beschlagen sie in der Regel nur Einzeltatsachen aus deren Leben.

C. Kritische Bemerkungen zur gesetzlichen Regelung

1. Im Verlaufe der Vorberatungen zum BG betr. VpG wurde immer wieder die Tauglichkeit einer Umschreibung der geschützten Lebensbereiche im Rahmen einer Strafnorm in Frage gestellt. Verschiedentlich wurde geltend gemacht, dass die Verwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Geheim- und Privatbereichs keine einheitliche Rechtsanwendung garantiere.

Art. 179quater in seiner heutigen Fassung überwindet jedoch auf Grund einer differenzierten gesetzlichen Umschreibung seines Schutzbereiches solche Abgrenzungsschwierigkeiten. Nimmt man den Kundgabewillen als wesentliches Unterscheidungskriterium, dürfte es gelingen, sämtliche Sachverhalte angemessen einzuordnen.

190 Kommentar Gutzwiller, S. 373
191 Specker, a.a.O., S. 73
192 Jäggi, a.a.O., S. 229 a
193 Es bleiben lediglich die Bestrafungsmöglichkeiten gemäss Art. 173–177 StrGB und die zivilrechtlichen Rechtsbehelfe nach Art. 28 ZGB vorbehalten.

Bedenken gegenüber der gesetzlichen Regelung ergeben sich denn auch nicht im Hinblick auf allfällige Abgrenzungsfragen; sie beziehen sich vielmehr auf den Umfang der Strafbarkeit.

2. Aus Art. 179quater folgt, dass Straflosigkeit vorliegt, wenn die mit einem Aufnahmegerät beobachteten oder durch einen Bildträger fixierten Tatsachen dem Gemeinbereich oder dem jedermann ohne weiteres zugänglichen Teil des Privatbereichs angehören. Da neben den Tatsachen des Gemeinbereichs auch jene der sog. "Privatsphäre in der Öffentlichkeit" der Beobachtung und bildlichen Fixierung preisgegeben sind, ist es strafrechtlich irrelevant, wenn beispielsweise die verletzt an einer Unfallstelle liegende Person photographiert wird[194]. Straflos bleibt auch, wer die von einer Naturkatastrophe heimgesuchten Personen in ihrem der Öffentlichkeit preisgegebenen Elend filmt, wer Abschiedsszenen am Bahnhof oder die sich in einem öffentlichen Bad befindende Prominenz photographiert und solche Bilder veröffentlicht. Der Passant auf öffentlicher Strasse hat es zu dulden, wenn er durch eine heimlich aufgestellte Fernsehkamera eingefangen und für das Fernsehpublikum in Grossprojektion auf den Bildschirm gebannt wird. Wer als Verhafteter in der Öffentlichkeit abgeführt wird, muss es sich gefallen lassen, dass er photographiert wird und sein Bild in der Presse erscheint.

3. Es ist ohne Zweifel richtig – wie das Gesetz dies vorsieht –, Beobachtungen und bildliche Fixierungen dann nicht zu bestrafen, wenn sie Tatsachen betreffen, die sozialbezogenen Lebensbereichen angehören. Ein kriminalpolitisches Bedürfnis nach Bestrafung solchen Vorgehens bestände jedoch, wenn das Vorgehen des Täters eine heimtückische und hinterhältige Motivation oder Gesinnung offenbart.

Vorwiegend die privatrechtliche Literatur[195] versucht, erlaubte und unterlaubte Eingriffe in menschliche Lebensbereiche voneinander abzugrenzen, indem sie sich auf das "Anstandsgefühl" abstützt. Sie folgt damit einer auf dem allgemeinen Rechtsgefühl basierenden kasuistischen Methode[196]. Es hat sich hier eine für die strafrechtliche Erfassung des Problems fruchtbare Tendenz angebahnt, indem der Versuch unternommen wird, unter Berücksichtigung von Gesinnungsmomenten wesentliche Abgrenzungskriterien zu gewinnen. Nur mit Hilfe einer Präzisierung des Straftatbestandes von Artikel 179quater in *subjektiver* Hinsicht[197] wäre es m.E. gelungen, jene Verletzungen des jedermann ohne weiteres zugänglichen Teils des Privatbereichs zu erfassen, die von einer besonderen Heimtücke gekennzeichnet und daher strafwürdig sind.

De lege ferenda soll deshalb an dieser Stelle eine Fassung des Artikels 179quater erwogen werden, welche jene Verhaltensweisen erfasst, bezüglich derer ein kriminalpolitisches Bedürfnis nach Bestrafung besteht:

194 Wir gehen dabei davon aus, dass das Geschehen nicht dem Gemeinbereich angehört. Die Ansicht, dass ein sich in der Öffentlichkeit abspielendes Unglück schlechthin dem Gemeinbereich angehöre (vgl. Amtliches Bulletin, Nationalrat 26.6.1968, S. 340) und das damit verbundene Geschehen photographiert werden dürfe, ist m.E. unrichtig.

195 Jäggi, a.a.O., S. 229 a; Riklin, a.a.O., S. 220

196 Riklin, a.a.O., S. 220 Anm. 8

197 Für eine Hervorhebung besonderer subjektiver Tatbestandsmerkmale spricht sich vor allem Henkel aus (a.a.O., S. 105 f.)

"Wer aus verwerflichen Beweggründen eine Tatsache aus dem Geheim- oder Privatbereich eines andern ohne dessen Einwilligung mit einem Aufnahmegerät beobachtet oder auf einen Bildträger aufnimmt, . . ." (Die Absätze 2 und 3 erfahren keine Abänderung.)

Die Frage danach, ob dem Täter eine verwerfliche Motivation zur Last gelegt werden könne, wird nach den Tatumständen und den Überlegungen, von denen sich der Täter leiten liess, zu entscheiden sein. Eine verwerfliche Motivation wird beispielsweise indiziert durch Heimtücke, durch eine von Gewinnstreben getragene Neugierde, durch Pietätlosigkeit, durch die Absicht, jemanden der Lächerlichkeit des breiten Publikums preis zu geben, durch die Verwendung einer besonders gut getarnten Kamera, durch das Überschreiten von Grundsätzen einer Berufsethik[198].

Von verwerflicher Gesinnung gekennzeichnete bildliche Fixierung von Tatsachen aus dem jedermann ohne weiteres zugänglichen Teil des Privatbereichs liegt etwa vor, wenn bei einer Beerdigung von Opfern einer Lawinenkatastrophe die schwerbetroffenen, gekennzeichneten, schweigend und weinend vor den Särgen der Opfer versammelten Angehörigen mit einer Fernsehkamera frontal aufgenommen und auf dem Bildschirm gezeigt werden[199]. Verwerfliche Motivation liegt auch etwa vor, wenn das blutüberströmte Opfer eines Attentates in einer dessen Schmerzen und Ängste verratenden Art aus Sensationslust auf der Titelseite einer Zeitung abgebildet wird.

Könnte also auch das Photographieren einer Person auf öffentlicher Strasse, sofern der Täter aus verwerflichen Motiven handelt, bestraft werden, wäre damit auch eine sich auf Grund der Fassung des Art. 179quater zu befürchtende Diskrepanz zur privatrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtes weitgehend gebannt. In seiner Praxis zu Art. 28 ZGB hat das Gericht nämlich ausgeführt, dass es selbst auf öffentlichen Strassen und Plätzen nicht gestattet sei, eine Person ohne deren Zustimmung für die Presse zu photographieren[200].

5. Einerseits bringt die de lege ferenda vorgeschlagene Fassung des Art. 179quater gegenüber der gesetzlichen Lösung eine *Ausdehnung der Strafbarkeit* mit sich, weil auch Tatsachen aus dem jedermann ohne weiteres zugänglichen Teil des Privatbereichs in seinen Schutz einbezogen würden. Die durch die vorgeschlagene Präzisierung bewirkte *Einschränkung der Strafbarkeit* bestände jedoch darin, dass Beobachtungen und Fixierungen von Tatsachen aus dem nicht jedermann ohne weiteres zugänglichen Teil des Privatbereichs und aus dem Geheimbereich nur dann strafbar wären, wenn sie durch eine verwerfliche Motivation gekennzeichnet sind. Dieses Gesinnungsmerkmal wird wohl in der Regel die Eingriffe in diesen Teil des Privatbereichs beherrschen; das braucht aber durchaus nicht immer der Fall zu sein. So ist es nach der geltenden Regelung strafbar, die Privatbibliothek einer Person zu photographie-

198 Für Presse-, Radio- und Fernsehleute dürfte dabei ein vom Verein der Schweizer Presse in Vorbereitung befindlicher Ehrenkodex wesentliche Anhaltspunkte geben. Zu dem vom Zentralvorstand dieses Vereins bereits ausgearbeiteten Wortlaut eines solchen Ehrenkodex vgl. NZZ vom 10.11.1969 Nr. 667. Dort heisst es u.a. in Ziff. 9: "Er (der Journalist) achtet die Würde der Person und die Privatsphäre".

199 Riklin, a.a.O., S. 236

200 Urteil des Bundesgerichts vom 28.11.1946. Vgl. dazu Kommentar Gutzwiller, S. 374 Anm. 8 mit Literaturhinweisen.

ren, auch wenn es nicht aus verwerflichen Motiven heraus geschieht. Es besteht aber normalerweise gar kein Bedürfnis zur Bestrafung einer solchen harmlosen Handlung.

Durch Hervorhebung des erwähnten Gesinnungsmerkmals könnte auf die *durch das BG getroffene Aufteilung des Privatbereichs verzichtet werden.*

6. Das Erfordernis des Handelns aus verwerflichen Beweggründen wäre ein Kriterium für die Strafbarkeit, das dem Grundsatz der Legalität durchaus genügte[201].

7. Die bundesrätliche Botschaft wollte ursprünglich nur die durch versteckt angebrachte Geräte erfolgenden Beobachtungen oder Fixierungen bestrafen. Es ist daher zu prüfen, ob eine solche Umschreibung des objektiven Tatbestandes die hier angestrebte Präzisierung in subjektiver Hinsicht erübrigt hätte. Diese Frage ist aus folgenden Gründen zu verneinen:

- Auch Beobachtungen und Aufnahmen, die nicht mittels versteckt angebrachter Geräte erfolgen, können strafwürdige Verletzungen des persönlichen Geheimbereichs darstellen und insbesondere von verwerflichen Gesinnungsmerkmalen getragen sein. Dies kann beispielsweise auf den Reporter zutreffen, der auf offener Strasse zum Zwecke der Herstellung von Schnappschüssen seine Kamera aufstellt.
- Ob ein Gerät versteckt ist oder nicht, dürfte in der Praxis oft nur schwer festzustellen sein. So ist etwa eine Kamera für denjenigen nicht sichtbar, der sich in seinem Garten unbeobachtet glaubt. Trotzdem muss sie nicht versteckt aufgestellt sein. Für die sich ausserhalb des betreffenden Gartens aufhaltenden Personen ist das Gerät möglicherweise ohne weiteres sichtbar.
- Das zu schützende Rechtsgut ist – wie im Ständerat[202] zutreffend bemerkt wurde –, zu bedeutungsvoll, als dass man das Versteckt*sein* eines Aufnahmegerätes als konstitutives Element der Verletzung betrachten könnte.

8. In Anbetracht der in subjektiver Hinsicht erfolgten Präzisierung des Straftatbestandes von Art. 179^{quater} drängt sich auch die Modifizierung des dem BG betr. VpG zugrunde liegenden Begriffs des persönlichen Geheimbereichs auf[203]. In diesen Begriff müssen nun die Tatsachen des *Privat- und Geheimbereichs* schlechthin einbezogen werden, deren Verfolgung mittels TBA strafrechtlich relevant ist.

III. Die Täterhandlung

A. Der Täter

Im Gegensatz zu den Artikeln 179bis und 179ter unterlässt es Art. 179^{quater}, die Art der Beziehung des Täters zu dem in seinem persönlichen Geheimbereich verletzten Opfer zu umschreiben. So ist der Neugierige, welcher einen Fensterladen gewalt-

201 Die Argumentation Henkels, a.a.O., S. 94, es sei die zustimmungslose Bildaufnahme gar nicht zu bestrafen, weil es nicht möglich sei, den harmlosen Schnappschuss von der schwerwiegenden Indiskretion zu unterscheiden, kann gerade auf Grund der Schaffung eines solchen Kriteriums entschärft werden. Im übrigen kennt das StrGB z.B. in den Art. 112, 115 etc. ähnliche Gesinnungsmerkmale.

202 Amtliches Bulletin, 17.9.1968, S. 187

203 Vgl. § 2 III

sam öffnet, um als Aussenstehender das Geschehen im Hause seines Nachbarn zu photographieren, genau so strafbar, wie der Gast, der mittels einer Miniaturkamera Bilder vom Familienleben seines Gastgebers herstellt, um sie einer Tageszeitung zur Verfügung zu stellen.

B. Die strafbaren Handlungen

Art. 179quater ist dem Art. 179bis nachgebildet. Daher ist auch der Aufbau dieser beiden Straftatbestände nach gleichen Gesichtspunkten konzipiert worden.

1. Strafbar macht sich nach *Abs. 1* von Art. 179quater, wer eine Tatsache aus dem Geheimbereich eines andern oder eine nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache aus dem Privatbereich eines andern ohne dessen Einwilligung

- *mit einem Aufnahmegerät beobachtet* oder
- *auf einen Bildträger aufnimmt.*

a. Das Beobachten mittels Aufnahmegeräten:

Wenn der Täter mit Hilfe eines Aufnahmegerätes[204] Tatsachen bloss beobachtet, so *fixiert* er die aufgefangenen Lichtwellen *nicht*; er nimmt das Beobachtete nicht auf einen Bildträger auf; dennoch erfüllt er den Tatbestand von Art. 179quater. Daher macht sich schon strafbar, wer das mit einer Fernsehkamera beobachtete Geschehen ohne Verwendung eines Bildaufzeichnungsgerätes einem Bildschirm zuführt. Gleiches gilt für Beobachtungen mit Aufnahmegeräten, welche erlauben, Bewegungen, Druckänderungen oder Änderungen der Temperatur zu verfolgen[205]. Den Straftatbestand erfüllt schliesslich auch etwa, wer mit einer Telekamera Tatsachen aus dem persönlichen Geheimbereich eines andern beobachtet, sofern dadurch eine Aufnahme möglich und geplant ist, er also die Kamera nicht einfach wie einen Feldstecher verwendet, dessen Gebrauch straflos ist.

b. Die Aufnahme auf einen Bildträger:

Dieser Straftatbestand ist dann erfüllt, wenn sich der Täter nicht mit der blossen Beobachtung von Tatsachen begnügt, sondern diese auf einen Bildträger[206] fixiert. Damit schafft er sich eine für die Weiterverbreitung geeignete Unterlage, über die er beliebig verfügen kann.

c. Da den technischen Gegebenheiten bei der Ausgestaltung von Art. 179quater Abs. 1 Rechnung getragen werden musste, drängte sich eine zu Artikel 179bis Abs. 1 analoge Zweiteilung des Straftatbestandes auf.

d. Erfolgen Beobachtungen ohne Verwendung technischer Hilfsmittel, so sind sie straflos. Wer das Geschehen in einem verschlossenen Raum verfolgt, indem er durch ein Schlüsselloch guckt, mag wohl gegen die guten Sitten verstossen, nach Art. 179quater bleibt er aber ebenso straflos, wie derjenige, der ein Loch in einen Gartenzaun bohrt[207], um seine Neugierde zu befriedigen.

204 Zum Begriff des Aufnahmegerätes vgl. § 7
205 Vgl. § 7 III. Vgl. Schultz, Der strafrechtliche Schutz der Geheimsphäre, S. 306
206 Zum Begriff des Bildträgers vgl. § 8
207 Eine Bestrafung wegen Sachbeschädigung nach Art. 145 StrGB ist jedoch möglich.

Aber selbst die Beobachtungen mittels technischer Geräte können straflos bleiben. Wer die Wohnräume seines Nachbarn mit einem Feldstecher, Opernglas oder Fernrohr absucht, bleibt straflos, da diese Geräte keine Aufnahmegeräte im Sinne des Gesetzestextes darstellen. Wer vor solchen Belästigungen sicher sein will, hat durch Errichten von Hindernissen Abhilfe zu schaffen. Wer seinen Nachbarn jedoch während dessen Siesta photographiert, ist auch dann strafbar, wenn er keine Geräte verwendet, die seine Sehfähigkeit verstärken. Ebenso ist strafbar, wer durch ein Schlüsselloch hindurch photographiert, wer durch das in einem Gartenzaun angebrachte Loch oder von einer erklommenen Gartenmauer aus ein Gartenfest filmt.

Eingriffe in die durch das Gesetz geschützten Lebensbereiche, bleiben also dann straflos, wenn sie nicht mit durch Art. 179^{quater} erwähnten technischen Geräten erfolgen. Die Anwendung technischer Geräte, welche lediglich die Standortsbestimmung einer Person erlauben – wie etwa der Peilsender –, kann zwar den Privat- oder den Geheimbereich eines Menschen empfindlich treffen, bleibt aber nach Art. 179^{quater}, der sich auf solche Geräte beschränkt, die visuelle Überwachungen bezwecken, straflos.

Nicht bestraft wird sodann das Modellieren, Malen, Zeichnen und Karikieren, selbst wenn dadurch Tatsachen dargestellt werden, die einem gesetzlich geschützten Lebensbereich angehören.

2. An der Strafwürdigkeit der Verwertung rechtswidrig beobachteter oder aufgenommener Tatsachen dürfte kaum zu zweifeln sein; es wird ihr daher in Anlehnung an die Systematik von Art. 179bis Abs. 2 und 3 wohl in umfassender Weise Rechnung getragen[208].

So macht sich nach *Abs. 2* von Art. 179^{quater} strafbar, "wer eine *Tatsache,* von der er weiss oder annehmen muss, dass sie auf Grund einer nach Absatz 1 strafbaren Handlung zu seiner Kenntnis gelangte

– *auswertet* oder
– *einem Dritten bekanntgibt*".

Abs. 3 bestraft denjenigen, der "eine *Aufnahme*, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie durch eine nach Absatz 1 strafbare Handlung hergestellt wurde,

– *aufbewahrt* oder
– *einem Dritten zugänglich macht*".

Zur begrifflichen Erfassung dieser Verwertungshandlungen sind die bei der Besprechung der Absätze 2 und 3 von Art. 179bis gemachten Ausführungen zu berücksichtigen[209]. Ihre analoge Anwendung gestattet es, Kriterien für die gegenseitige Abgrenzung der verschiedenen Verwertungshandlungen und Anhaltspunkte für die Umschreibung der möglichen Täterkreise zu gewinnen.

Als *Dritter* im Sinne der Absätze 2 und 3 kann auch hier nur betrachtet werden, wer weder Täter noch Opfer gemäss Abs. 1 ist[210].

208 Das Deutsche Recht weist keinen der "Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes" nachgebildeten Straftatbestand auf. Dies stellt sowohl eine schwerwiegende Lücke im Gesetz, als auch eine Systemwidrigkeit dar (vgl. Dt. StGB § 298).

209 Vgl. § 11 III B Ziff. 2 und 3

210 Vgl. § 13 III

IV. Aufnahmegeräte und Bildträger als besondere technische Mittel

1. Eingriffe in den persönlichen Geheimbereich, die mit Operngläsern, Feldstechern oder Tischfernrohren erfolgen, sind, wie bereits erwähnt, nicht strafbar[211]. Solche Einwirkungen, mit denen jeder Mensch zu rechnen hat und gegen die er sich ohne weiteres abschirmen kann, sind mit Sax[212] als blosse "Belästigungen" zu betrachten.

2. Strafwürdig erscheinen jedoch die mit besonderen technischen Geräten erfolgenden Eingriffe, mit denen man nicht mehr zu rechnen braucht oder die eine Fixierung des Bildes erlauben. Sie sind dazu geeignet, errichtete Abschirmungen zu umgehen oder das Bild jedermann zugänglich zu machen[213]. Gegen diese Eingriffe vermag sich der einzelne nicht zu schützen, ihnen ist er wehrlos ausgeliefert. Im Gegensatz zu den blossen "Belästigungen" stellen sie eigentliche "Verletzungen"[214] dar, welche im allgemeinen eine verwerfliche Gesinnung indizieren.

3. Umfang und Art der dem einzelnen zumutbaren Abschirmungen hängen, wie dies Lang-Hinrichsen[215] zutreffend betont, vom technischen Fortschritt ab. Wenn einmal gewisse Abhör- und Sichtsperren so üblich werden sollten, dass sie Bestandteile einer normalen Lebensgestaltung darstellen, kann man erwarten, dass sich der einzelne ihrer bedient. Wer auf sie verzichtet, wird sich Eingriffe gefallen lassen müssen, die uns heute noch als Verletzungen des persönlichen Geheimbereichs erscheinen.

V. Die Schuldform

1. Strafbar ist die *vorsätzliche* Begehung.

2. Der Vorsatz umfasst einerseits das Wissen, dass es sich bei den beobachteten oder fixierten Tatsachen um solche aus dem Geheimbereich oder aus dem nicht jedermann ohne weiteres zugänglichen Teil des Privatbereichs handelt, anderseits die Kenntnis um die fehlende Einwilligung der beobachteten Person.

Ein Reporter photographiert der Allgemeinheit zugängliche Gebäude mit den sich davor aufhaltenden Personen. Bemerkt er nach der Aufnahme, dass er mit seinem Teleobjektiv nicht nur Tatsachen aus dem Gemeinbereich einfing, sondern zufälligerweise auch Szenen, die sich in privaten Räumlichkeiten abspielten, so bleibt er straflos. Auch wenn er die unvorsätzlich fixierten Tatsachen weiterverbreitet, so ist er nicht nach Art. 179^{quater} strafbar[216].

3. Der Vorsatz kann, aber er muss nicht, auf die Kenntnisnahme der auf einen Bildträger fixierten Tatsachen gerichtet sein. Auch wer in einem Raum eine automatisch ein- und ausschaltende Kamera versteckt und den belichteten Film nach einer gewis-

211 Vgl. oben III B Ziff. 1 d und § 7 II Ziff. 2
212 A.a.O., S. 5
213 Z.B. Es werden heute Versuche unternommen, mit Hilfe eines Laserstrahls durch Mauern hindurch zu photographieren.
214 Sax, a.a.O., S. 5
215 A.a.O., S. 30
216 Vgl. § 16 IV E

sen Zeit abholt, um ihn einem Dritten zu übergeben, ist strafbar, selbst wenn er sich mit dem Inhalt des Films nicht vertraut macht.

4. Eventualvorsätzliche Begehung ist auch bezüglich des Straftatbestandes von Abs. 1 möglich, obwohl nur die Formulierungen der Absätze 2 und 3 auf eine solche hinweisen.

5. Von einer Notwendigkeit der Aufnahme von Gesinnungsmerkmalen de lege ferenda war bereits die Rede (vgl. dazu oben II C).

VI. Vorbereitungshandlung – Versuch – Vollendung

1. Der Versuch ist strafbar.

2. Für die Abgrenzung der strafbaren Vorbereitungshandlungen vom Versuch einerseits und von Versuch und Vollendung anderseits sind die unter § 11 VI und § 12 VI gewonnenen Kriterien zu berücksichtigen.

3. Es sind alle im Gesetz vorgesehenen Versuchsformen möglich.

Verwendet der Täter ein Gerät, das als Aufnahmegerät zu blossen Beobachtungen eingesetzt werden kann, jedoch auch die Voraussetzung für die bildliche Fixierung von Tatsachen besitzt, so gilt es festzustellen, ob Vollendung der Aufnahme auf einen Bildträger, Vollendung der Beobachtung mit einem Aufnahmegerät oder Straflosigkeit vorliege.

a. Setzt der Täter die mit einem Teleobjektiv gekoppelte Kamera in Betrieb, d.h. belichtet er den Film, so ist die *Aufnahme auf einen Bildträger vollendet.*

b. Die *Beobachtung mit einem Aufnahmegerät ist vollendet,* wenn die zu beobachtende Tatsache in der Such- oder Wiedergabevorrichtung dieses Gerätes erscheint.

c. Der *vollendete Versuch* strafbaren *Beobachtens mit einem Aufnahmegerät* ist *nicht möglich,* stellt dieses Vergehen doch ein schlichtes Tätigkeitsdelikt dar.

d. Verwendet der Täter die erwähnte Gerätekombination, belichtet er jedoch den Film falsch, sodass das Bild nicht entwickelt werden kann, so liegt *vollendeter Versuch der Aufnahme auf einen Bildträger* vor. Ist versehentlich gar kein Film eingespannt worden, so ist das Verhalten als *untauglicher Versuch der Bildaufnahme* zu betrachten. In beiden Fällen macht sich der Täter aber auch der Beobachtung mit einem Aufnahmegerät strafbar.

e. In folgendem Fall liegt sowohl Vollendung der Beobachtung mit einem Aufnahmegerät als auch *unvollendeter Versuch der bildlichen Fixierung* vor:

Der Täter hat eine Tatsache mit seinem Bildaufnahmegerät beobachtet. Während er den für die Belichtung des Filmes günstigsten Moment abwartet, wird er durch Passanten gestört, weshalb er von seinem Vorhaben ablässt.

Wird die Handlung des Täters bereits gestört, während er bestrebt ist, mit einem Bildaufnahmegerät die Tatsachen zu beobachten, so bleibt die Tat im *unvollendeten Beobachtungsversuch* stecken.

VII. Teilnahme

1. Das Gesetz gestaltet die durch Art. 179quater erfassten Straftatbestände als Vergehen aus. Es sind also sämtliche Teilnahmeformen strafbar. Die Aufforderung an einen andern, eine nach Art. 179quater strafbare Handlung zu begehen, ist nicht strafbar, wenn der andere nicht mindestens einen Versuch unternommen hat.

2. Weil das Verhältnis des Täters zum persönlichen Geheimbereich des Opfers in Art. 179quater nicht durch eine besonders ausgestaltete Beziehung gekennzeichnet ist, drängen sich die zu den Teilnahmeformen bei den Artikeln 179bis und 179ter gemachten Einschränkungen[217] hier nicht auf. Sowohl wer zu einer im engen Familienkreise abgehaltenen Zusammenkunft Zutritt hat, als auch wer dieses Treffen mit einer versteckt angebrachten Kamera verfolgt, kann die Stellung eines Täters oder Mittäters einnehmen.

VIII. Kasuistik

Die nach Art. 179quater strafbaren Handlungen gestalten sich analog zu denjenigen des Artikels 179bis[218]. Daher wollen wir uns hier mit dem Hinweis auf einige wenige nach Art. 179quater zu beurteilende Sachverhalte begnügen.

1. Ein strafbares Beobachten mit einem Aufnahmegerät ist in folgenden Fällen gegeben:

a. Eine am Arbeitsplatz eines Angestellten versteckt angebrachte Fernsehkamera erlaubt es dem Arbeitgeber auf einem Fernsehschirm das Geschehen in seinem Betrieb jederzeit zu verfolgen[219].

b. Durch die in einer Türe oder Mauer angebrachte Linse wird das Geschehen in einem Raum überwacht.

c. Die in einer Umkleidekabine eines Geschäftes versteckt angebrachte Fernsehkamera gestattet eine Überwachung der Kundschaft und eine Aufdeckung von Diebstählen.

Wohl hat der Kunde heute in Grosswarenhäusern, Selbstbedienungsläden oder Banken mit seiner Überwachung zu rechnen. Durch konkludentes Verhalten gibt er seine Einwilligung zu solchen Sicherheitsvorkehren, sobald er sich in Unternehmungen dieser Art begibt. Die Aufdeckung von Entwendungen und Diebstählen in solchen Geschäften rechtfertigt jedoch nicht den mit der Überwachung einer Umkleidekabine verbundenen Eingriff in die Intimsphäre der Kunden. Gerade hier wird ja im Benützer der Eindruck erweckt, es sei ihm Gelegenheit geboten, in aller Zurückgezogenheit sich selber überlassen zu sein.

2. Wird das mit einer versteckt angebrachten Kamera verfolgte Verhalten einer Person an ihrem Arbeitsplatz oder das Geschehen in einer überwachten Umkleidekabine auf einem Film festgehalten, so liegt strafbares *Aufnehmen auf einen Bildträger* vor.

217 § 13 V
218 Vgl. § 11 VIII
219 Einwilligung darf nur dann angenommen werden, wenn der Arbeitnehmer auf dieses Vorgehen hingewiesen wird und es duldet. Der Hinweis hat m.E. im Arbeitsvertrag zu erfolgen,

Der Tatbestand ist ferner erfüllt, wenn eine verschlossene Schrift oder Sendung durchleuchtet und deren Inhalt photographiert wird[220].

Strafbar sind auch jene Photographen, die in ein Zimmer eindringen und eine dort liegende Leiche photographieren[221].

3. Die Geschäftsleitung, welche den im Zuge der Überwachung einer Umkleidekabine entstandenen Film dem Personal vorspielt, kann sich sowohl des *Auswertens*, als auch des *Bekanntgebens von Tatsachen an Dritte* schuldig machen. Ersteres ist dann der Fall, wenn durch das Abspielen das Personal auf gewisse Arten von Diebstählen hingewiesen und zur Aufmerksamkeit ermuntert werden soll. Letzteres dürfte zutreffen, wenn das Abspielen der blossen Unterhaltung und Befriedigung der Neugierde dient.

Wer geheime Tagebuchaufzeichnungen photographiert und veröffentlicht, erfüllt je nach der sein Handeln tragenden Motivation den Tatbestand des Auswertens oder der Bekanntgabe von Tatsachen an Dritte im Sinne von Abs. 2.

4. Die Archivierung von rechtswidrig hergestellten Photographien und Filmaufnahmen oder deren Weitergabe an Dritte ist nach Abs. 3 strafbar.

§ 15 Der Ausschluss der Strafbarkeit nach Art. 179quinquies

Nicht strafbare Handlungen

Weder nach Artikel 179bis Absatz 1 noch nach Artikel 179ter Absatz 1 macht sich strafbar,

wer ein Gespräch, das über eine dem Telephonregal unterstehende Telephonanlage geführt wird, mittels einer von den PTT-Betrieben bewilligten Sprechstelle oder Zusatzeinrichtung mithört oder auf einen Tonträger aufnimmt,

wer ein Gespräch, das über eine dem Telephonregal nicht unterstehende Telephon- oder Gegensprechanlage geführt wird, mittels einer Sprechstelle oder Zusatzeinrichtung dieser Anlage mithört oder auf einen Tonträger aufnimmt.

I. Allgemeines

1. Es sind heute gewisse Abhör- und Tonaufnahmepraktiken allgemein üblich geworden, welche die Arbeit und den mit Hilfe des Telephons zu bewältigenden Geschäftsverkehr wesentlich erleichtern und rationalisieren. Hier besteht gar kein Bedürfnis zur Bestrafung der Anwendung entsprechender Abhör- und Tonaufnahmegeräte.

oder, wo kein solcher in schriftlicher Form vorliegt, vor Beginn des Arbeitsverhältnisses mündlich zu geschehen.

220 Zum Verhältnis der Art. 179 quater und 179 vgl. im einzelnen § 19 II

221 Vgl. Süss, a.a.O., S. 205 und Bürgi, a.a.O., S. 14. Was die Berechtigung zur Einreichung des Strafantrags anbetrifft vgl. die Erörterungen in § 20

2. Das BG betr. VpG begnügt sich nun nicht mit den durch die Art. 32–34 StrGB gegebenen Rechtfertigungsgründen, sondern sieht für weitere Tatbestände Straflosigkeit vor und nennt in Art. 179^{quinquies} ausdrücklich die betreffenden Geräte, deren Einsatz die Strafbarkeit des Vorgehens ausschliesst.

3. Art. 179^{quinquies} beschränkt den Ausschluss der Strafbarkeit auf die Tatbestände der Artikel 179bis Abs. 1 und 179ter Abs. 1. Selbstverständlich erstreckt sich dieser Ausschluss auch auf jene durch diese Artikel vorgesehenen Verwertungshandlungen, weil diese Nachfolgehandlungen ja nur dann gegeben sind, wenn ihnen eine nach den Absätzen 1 von Art. 179bis oder 179ter strafbare Handlung vorausgeht.

II. Absatz 1

1. Der von Abs. 1 vorgesehene Strafbarkeitsausschluss betrifft die Verwendung von Anlagen, die mit Bewilligung der PTT-Betriebe[222] an die dem *Telephonregal unterstehenden Telephonanlagen* angeschlossen werden können. Als solche durch die PTT konzessionierte Zusatzeinrichtungen, welche ein *Abhören* oder *Aufzeichnen* von Gesprächen erlauben, kommen in Betracht:

a. Vermittler- und Zweigapparate, Hauszentralen, Cheftelephone[223], Lautsprecheranlagen in der Form von Hörmuscheln.

b. Gesprächsaufnahme- und Wiedergabegeräte, wie Ipsophone, Alibiphone und Diktaphone.

2. Ist eine Telephonanlage mit einer von den PTT-Betrieben bewilligten sog. "automatischen Antwortapparatur" verbunden, so erscheint im Telephonverzeichnis das Symbol Ø neben der Aufrufnummer. Dies kann bedeuten:

- dass beim Angerufenen unter Umständen nicht eine Person, sondern ein Apparat antwortet und eine Mitteilung gibt;
- dass der antwortende Apparat eventuell den Anrufenden zum Sprechen auffordert und seine Mitteilung aufnimmt, die der Angerufene später abhören kann;
- dass Gespräche auch aufgenommen werden können, wenn beim Angerufenen eine Person geantwortet hat.

Wer also den betreffenden Abonnenten anruft, erklärt sich durch konkludentes Verhalten einverstanden mit den seinem Gesprächspartner zur Verfügung stehenden Möglichkeiten des Aufnehmens.

Meldet sich beim Angerufenen eine Person, kann der Anrufende ausdrücklich erklären, dass er ein Mithören resp. eine Aufzeichnung seiner Äusserungen nicht dulde. Diese Willenserklärung ist zu beachten und entgegengesetztes Handeln wäre strafbar.

3. Schwieriger dürfte sich die Rechtslage gestalten, wenn jemand, dessen Telephongerät mit einer Zusatzeinrichtung verbunden ist, einen andern Abonnenten anruft. Der Angerufene kann dann nicht ohne weiteres um die dem Telephonapparat seines

222 TTVG Art. 20, VV III zum TTVG Art. 31

223 Der Chef hat die Möglichkeit, innerhalb seines Betriebes durch Drücken einer Taste, die Telephongespräche seiner Mitarbeiter abzuhören.

Gesprächspartners angeschlossenen Geräte wissen. Das Gesetz stellt hinsichtlich solcher Situationen keine besondere Regelung auf. M.E. ist folgende Lösung anzustreben:

Der Angerufene muss – vor allem im Geschäftsverkehr – damit rechnen, dass ein Mithören oder eine Fixierung seiner Äusserungen mit Hilfe von konzessionierten Zusatzeinrichtungen erfolgt. Ist er damit nicht einverstanden, so hat er dies anlässlich des Gesprächs ausdrücklich zu erwähnen. Möchte er diesen Vorbehalt nicht anbringen, so kann ihm die Konsultation eines Telephonverzeichnisses wohl zugemutet werden.

4. Die Formulierung des Gesetzestextes könnte zur Annahme verleiten, dass jedermann, der telephoniert, die heimliche Aufzeichnung seiner Äusserungen auf irgendeinen Tonträger an der Gegenstelle in Kauf nehmen müsse. Es wäre somit erlaubt, ein Gespräch auf einen Tonträger aufzunehmen, der nicht mit einer durch die PTT bewilligten Zusatzeinrichtung verbunden ist.

Eine solche Interpretation widerspräche jedoch dem Willen des Gesetzgebers. Unter dem im Gesetz erwähnten Tonträger ist wohl nur ein solcher zu verstehen, der einer durch die PTT bewilligten Zusatzeinrichtung angeschlossen ist. Diese These wird erhärtet durch den Text der bundesrätlichen Botschaft, der u.a. besagt: "Man kann die Gefährdungsmöglichkeit bewusst in Kauf nehmen oder ihr ausweichen, indem man auf das Telephongespräch verzichtet oder dieses auf einen Zeitpunkt verschiebt, in dem man nicht mehr mit ihr rechnen muss, oder *eine Sprechstelle benützt, von der man weiss, dass mit ihr keine Zusatzeinrichtung verbunden ist.*"

Aus diesem Passus darf gefolgert werden, dass ein Anrufer auf die im Telephonverzeichnis aufgeführten Angaben vertrauen kann. Nur aus ihnen schöpft er ja das Wissen um allfällige zusätzliche Geräte. Fehlen dort Hinweise auf Zusatzeinrichtungen, so darf angenommen werden, dass solche nicht bestehen.

Bliebe auch das Aufnehmen eines Telephongesprächs mit einem an die Hörmuschel gehaltenen mit einem Tonband gekoppelten Mikrophon straflos, würde dadurch Art. 179ter relativiert, der nämlich stets Anwendung findet, wenn Gesprächspartner sich eines Telephonapparates bedienen, der nicht mit einer durch die PTT konzessionierten Sprechstelle, Zusatzeinrichtung oder einem Tonband verbunden ist.

In diesem Zusammenhang muss erwähnt werden, dass geheime Gespräche unter Verwendung des Telephons schlechthin in Frage gestellt würden, wenn die Straflosigkeit des Aufnehmens von Telephongesprächen generell sichergestellt würde. Zudem erübrigten sich die Hinweise im Telephonverzeichnis auf die durch die PTT konzessionierten Zusatzeinrichtungen und Sprechstellen.

III. Absatz 2

1. Diese Bestimmung sieht eine dem Abs. 1 entsprechende Regelung vor. Sie erstreckt den Ausschluss der Strafbarkeit auf die Verwendung von Sprechstellen, Zusatzeinrichtungen oder Tonträgern, welche dem Abhören oder Aufzeichnen von Gesprächen dienen, die über eine *dem Telephonregal nicht unterstehende Telephon- oder Gegensprechanlage* geführt werden.

Der Kontrolle der PTT sind folgende Anlagen zur Lautübertragung und deren entsprechende Zusatzeinrichtungen entzogen[224]:

a. Die für den Eisenbahnbetrieb erforderlichen Einrichtungen.
b. Die durch Militärbehörden oder Truppen für militärische Zwecke erstellten Anlagen.
c. Haustelephone und Gegensprechanlagen.
d. Handsprechfunkgeräte[225] (Walkie-Talky), die etwa auf Baustellen, von Alpinisten, in Ferienkolonien, von Pfadfindern und in der Navigation verwendet werden.

2. Straflos bleibt also, wer durch Inbetriebsetzen einer Gegensprechanlage ein Gespräch abhört. Wer dieses jedoch mit einem nicht mit der Anlage verbundenen Tonaufnahmegerät fixiert, ist strafbar. Denn die Ausdrucksweise von Abs. 2 ist dahin zu interpretieren, dass es sich bei den Geräten, deren Verwendung nicht strafbar sein soll, um solche handeln muss, die mit der Anlage selbst verbunden sind. Würde die Bestimmung nicht in dieser Weise ausgelegt, bliebe jedes Fixieren der mit Hilfe der betreffenden Anlagen übermittelten Gespräche straflos. Damit böten sich Umgehungsmöglichkeiten des Artikels 179bis. Straflos blieben z.B. folgende Fälle:

– Jemand versteckt im Raum, in dem sich eine Sprechstelle befindet, ein Tonaufnahmegerät. Dieses gestattet die Festhaltung aller Äusserungen der Benützer dieser Sprechstelle.
– Die Leitungen eines Haustelephons werden angezapft und sämtliche Gespräche mit einem nicht zur Anlage gehörenden Tonträger fixiert.

IV. Das Mithören oder Aufnehmen radioelektrisch übertragener Gespräche

1. Der den Räten vorgelegte Entwurf sah in Art. 179^{quinquies} einen Abs. 3 vor, der besagte, dass nicht strafbar sei, "wer ein radioelektrisch übertragenes Gespräch mittels einer Empfangsanlage mithört oder auf einen Tonträger aufnimmt".

Diese Bestimmung wurde aber zurecht fallen gelassen. Da die radioelektrisch durch den Äther übertragenen Gespräche (z.B. Polizeifunk) als *öffentliche Gespräche* zu betrachten sind, ist ihr Mithören und Aufnehmen ohnehin straflos.

2. Auf Grund von Art. 21 VV I zum TTVG in Verbindung mit Art. 42 Abs. 1 lit. b TTVG ist jedoch folgende Einschränkung zu beachten:

Gemäss Art. 21 Abs. 2 VV I zum TTVG ist es verboten, "private, staatliche, militärische oder dienstliche Telegramme, Radiotelegramme, telephonische oder radiophonische Gespräche oder Mitteilungen mit Radioempfangseinrichtungen aufzufangen. Werden sie unbeabsichtigt empfangen, so dürfen sie weder aufgezeichnet, noch Dritten mitgeteilt, noch für irgendwelche Zwecke verwendet werden."

Die Bekanntgabe von aufgefangenen Gesprächen dieser Art an Dritte, d.h. *erst* deren *Verwertung* ist nach Art. 42 Abs. 1, lit. b TTVG strafbar.

224 Vgl. TTVG Art. 2
225 Sie arbeiten nicht im UKW-Bereich wie die Miniaturabhörgeräte, sondern meistens im 27 MHz-Band.

§ 16 Der Ausschluss der Rechtswidrigkeit auf Grund von "andern" Rechtfertigungsgründen

I. Allgemeines

1. Im Verlaufe der Vorberatungen wurde in Anlehnung an das Deutsche Recht die Aufnahme einer auf Rechtfertigungsgründe hinweisende Norm angestrebt[226]. Mit Recht wurde jedoch auf eine solche dem StrGB bisher nicht bekannte Klausel verzichtet, weil sie nicht nur überflüssig, sondern, wie Henkel[227] zutreffend bemerkt, rechtspolitisch bedenklich gewesen wäre. Die neu geschaffenen Straftatbestände wären dadurch nur aufgelockert und nicht mit dem nötigen Nachdruck versehen worden. Der durch das BG betr. VpG bezweckte Schutz wäre also weitgehend illusorisch gemacht.

Die Ausdrucksweise "nach allgemeiner vernünftiger Auffassung" wäre zu unbestimmt gewesen. Die Aufnahme dieser Generalklausel hätte ein Bekenntnis zu der in der Literatur durchwegs abgelehnten Lehre Welzels von der sozialen Adäquanz dargestellt[228].

2. Zur Beantwortung der Frage, welche Ausnahmen vom generellen Verbot der Verwendung von TBA bestehen, muss einmal auf die durch Art. 179quinquies StrGB aufgezählten Verhaltensweisen verwiesen werden. Im übrigen sind ganz allgemein die durch das Strafrecht anerkannten Rechtfertigungsgründe zu beachten. Von ihnen soll im folgenden die Rede sein. Dabei ist für die Rechtsfindung der Gedanke der Güterabwägung in den Vordergrund zu stellen: Ein Eingriff in ein Rechtsgut ist nur dann rechtmässig, wenn er die angemessene Massnahme zur Wahrung eines nach den Umständen wertvolleren Gutes darstellt[229].

II. Die Notwehr

1. TBA dürften eher selten zum Zwecke der Notwehr eingesetzt werden, da die meisten rechtswidrigen Angriffe nicht so geartet sind, als dass sie sich durch die Verwendung solcher Geräte abwehren liessen. Zudem stehen die Geräte dem Angegriffenen meist gar nicht zur Verfügung, wenn es gilt, einem gegenwärtigen oder unmittelbar bevorstehenden Angriff entgegenzuwirken.

2. Es sind aber Notwehrsituationen denkbar, in denen TBA zur Anwendung gelangen können: Ein Bedrohter nimmt die Äusserungen des Täters auf Tonband auf. Die Auf-

226 Danach wären all jene Handlungen von der Strafbarkeit ausgeschlossen worden, "die nach allgemeiner vernünftiger Auffassung, namentlich im Hinblick auf die Beweggründe und die Ziele des Täters oder die zwischen diesem und dem andern bestehenden Beziehungen hinzunehmen sind".

227 A.a.O., S. 123 f.

228 Vgl. dazu Roessler, a.a.O., S. 115 f.

229 Jäggi, a.a.O., S. 214 a. Vgl. ferner Noll, Rechtfertigungsgründe, S. 162 ff. und Verhandlungen des 42. Dt. Juristentages, Band II (Sitzungsberichte), Referat Larenz, S. 28, wo mit Nachdruck festgestellt wurde, dass nicht gleich jedes berechtigte Interesse einen Rechtfertigungsgrund darstelle.

nahme verwendet er nachträglich, um sie dem Täter vorzuspielen, damit dieser von der Verwirklichung der Drohung absehe, da er andernfalls mit dem Strafantrag (Art. 180 StrGB) zu rechnen habe. Die Verwendung des Tonaufnahmegerätes bewirkt hier einen zur Abwehr des rechtswidrigen Angriffs angemessenen Eingriff in die Rechte des Angreifers[230].

III. Der Notstand

1. Notstand dürfte einem Ehegatten, der einen Ehestreit heimlich auf Tonband aufnimmt, nur dann zugebilligt werden, wenn der andere Ehegatte die unbestrittene Absicht äusserte, er werde die unter vier Augen gefallenen Äusserungen im Prozess ableugnen[231]. Der aufnehmende Ehegatte muss oder darf annehmen, dass der Gesprächspartner seine Äusserungen abstreiten werde[232].

Beweisnotstand wäre einem Ehemann etwa in folgendem Fall zuzubilligen: Seine Gattin leugnet strikte, ehebrecherische Beziehungen zu unterhalten. Zum Zwecke der Beweissicherung dringt der Ehemann in ein Zimmer der ehelichen Wohnung ein, wo er einen Ehebruch seiner Frau mit deren Freund photographiert. Beweisnotstand ist auch dann zuzubilligen, wenn der Ehebruch in einer für den Ehemann fremden Wohnung erfolgt. In diesem Fall wird zusätzlich zu prüfen sein, ob sich der Eindringende eines Hausfriedensbruchs schuldig macht.

Weder auf Art. 33 noch auf Art. 34 StrGB könnte sich jedoch ein Ehegatte berufen, der bemerkt, dass seine mit Dritten geführten Gespräche durch seinen Ehepartner abgehört werden und sich zum Zwecke blosser Repressalie zu gleichem Vorgehen verleiten lässt.

2. Der Einsatz eines TBA dürfte auch etwa zweckproportionales Mittel sein, wenn ein Unternehmer damit einen Werkspion zu stellen vermag[233].

3. In Notstand oder Notstandshilfe kann je nach den Umständen des Einzelfalls handeln, wer Vorbereitungshandlungen zu einer strafbaren Tat mit einem Ton- oder Bildaufnahmegerät verfolgt und die Aufnahmen der Polizei aushändigt.

4. Notstand ist den Eltern des entführten Kindes zuzubilligen, die den telephonischen Anruf des Erpressers auf Tonband aufnehmen und diese Aufnahme den Strafverfolgungsbehörden übergeben[234].

230 Walder, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess, S. 48
231 Hotz, a.a.O., S. 56
232 Walder, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess, S. 48
233 Jäggi, a.a.O., S. 233 a Anm. 12
234 Roggemann, a.a.O., S. 116

IV. Die Einwilligung

A. Der rechtliche Charakter der Einwilligung

Die Einwilligung wird von der herrschenden Lehre als gesetzlicher und als aussergesetzlicher Rechtfertigungsgrund anerkannt[235]. Bezüglich der durch das BG betr. VpG erfassten Tatbestände kann sie jedoch nicht als Rechtfertigungsgrund im üblichen Sinne betrachtet werden. Sie bedeutet hier ausnahmsweise mehr, als gerade den Ausschluss der Rechtswidrigkeit eines Eingriffs.

Das *Fehlen der Einwilligung* zu einer Ton- oder Bildaufnahme oder zu einem Abhören oder Beobachten stellt in den Artikeln 179bis, 179ter und 179^{quater} *ein Tatbestandsmerkmal* dar. Liegt eine Einwilligung zur Zeit der Tat vor, so entfällt demnach nicht nur die Rechtswidrigkeit eines Eingriffs in den persönlichen Geheimbereich, sondern der Tatbestand ist in objektiver Hinsicht gar nicht erfüllt[236].

B. Arten der Einwilligung

1. Die Einwilligung kann *ausdrücklich* oder durch *konkludentes Verhalten* erfolgen.

Nur die Betrachtung der nähern Umstände des Einzelfalls lässt Schlüsse auf die Einwilligung durch konkludentes Verhalten zu.

So gibt, wer die mit einer durch die PTT konzessionierten Zusatzeinrichtung versehene Telephonsprechstelle anruft, stillschweigend die Zustimmung zur Aufnahme seiner Äusserungen. Wer sich Radio- oder Fernsehreportern zur Verfügung stellt, rechnet selbstverständlich mit Ton- und Bildaufnahmen. Erfolgt eine Ton- oder Bildaufnahme in einer für den Betroffenen ohne weiteres erkennbaren Weise[237], so kann von ihm erwartet werden, dass er sich der Aufnahme widersetzt, falls er damit nicht einverstanden ist. Unterbleibt sein Widerspruch, so darf stillschweigende Zustimmung angenommen werden.

Kein konkludentes Verhalten zur Ton- oder Bildaufnahme liegt der Unterzeichnung eines Arbeitsvertrags zugrunde. Gegen die These, ein Arbeitnehmer könne auf Grund eines solchen Vertrags ohne weiteres an seinem Arbeitsplatz überwacht werden, spricht sich vor allem Coing[238] aus. Einwilligung durch konkludentes Verhalten darf auch nicht generell bezüglich aller telephonisch übermittelten Äusserungen angenommen werden[239].

2. Eine ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung geht in der Regel dem Eingriff in den persönlichen Geheimbereich *voraus*. Sie kann diesem aber auch *folgen.* Erfolgt die Einwilligung nachträglich, so ist wohl der objektive Tatbestand erfüllt, die Strafbarkeit entfällt jedoch mangels eines Strafantrags.

235 Noll, Rechtfertigungsgründe, S. 166 und 194; Hotz, a.a.O., S. 45
236 Vgl. Comtesse, a.a.O., S. 262
237 Anlässlich einer geschäftlichen Unterredung wird z.B. ein für jeden Gesprächspartner sichtbares Tonaufnahmegerät aufgestellt.
238 Die heimliche Tonbandaufnahme als Rechtsproblem, S. 39 f.
239 Die Aufzählung in Art. 179 ^{quinquies} ist als abschliessend zu betrachten. Vgl. § 15 II 4

C. Der Kreis der einwilligenden Personen

Aus den Artikeln 179bis, 179ter und 179^{quater} folgt implicite, dass ein Eingriff in den persönlichen Geheimbereich strafrechtlich nur dann irrelevant ist, wenn die Einwilligung *sämtlicher* davon *betroffenen Personen* vorliegt. Wenn also ein Vereinsvorstand beabsichtigt, eine Sitzung auf Tonband aufzunehmen, so hat er die Einwilligung sämtlicher Gesprächsteilnehmer einzuholen. Spricht sich auch nur einer gegen die Aufnahme aus, so hat diese zu unterbleiben. Erfolgt sie trotzdem, ist jedoch nur derjenige in seinem persönlichen Geheimbereich verletzt und dementsprechend aus Art. 179ter strafantragsberechtigt, der sich gegen die Aufnahme aussprach.

D. Die Legitimation zur Einwilligung

1. Die Einwilligung zum Eingriff in den persönlichen Geheimbereich hat von einer urteilsfähigen Person auszugehen. Fehlt die Urteilsfähigkeit, so kann die Einwilligung nicht vom gesetzlichen Vertreter abgegeben werden. Das Recht, gänzlich oder teilweise auf den Privat- und den Geheimbereich zu verzichten, ist höchstpersönlicher Natur und kann daher nicht durch Stellvertretung ausgeübt werden.

2. Die Einwilligung urteilsfähiger Unmündiger, der in der Praxis eine gewisse Bedeutung zukommen wird, ist jedoch erheblich. Diese Personen sind ja gemäss ZGB 19 Abs. 2 in der Lage, Rechte auszuüben, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen.

E. Ungenehmigte Wiedergabe der durch einen genehmigten Eingriff gewonnenen Eindrücke und Aufnahmen

Wer einem Eingriff in seinen persönlichen Geheimbereich zustimmt, hat damit zu rechnen, dass der dazu Berechtigte seine Eindrücke und die entstandenen Ton- und Bildaufnahmen einem grösseren Kreis von Personen weitervermittelt. Es ist nun aber durchaus denkbar, dass der den Eingriff Duldende sich im voraus gegen eine solche Verwertung ausspricht. Leistet derjenige, der den berechtigten Eingriff vornahm, dieser Weisung keine Folge, gibt er also etwa Photographien weiter, die er wohl im Einverständnis der photographierten Person herstellte, aber auf deren Wunsch hin nicht hätte verbreiten dürfen, so bleibt dieses Verhalten straflos. Vorsätzliche Verwendungshandlungen bleiben nämlich dann straflos, wenn sie Tatsachen oder Aufnahmen zum Gegenstand haben, die nicht in Verletzung der Absätze 1 von Art. 179bis, 179ter oder 179^{quater} abgehört, beobachtet oder aufgenommen wurden.

Diese zustimmungslosen Verwertungshandlungen können jedoch Verletzungen persönlicher Verhältnisse im Sinne von Art. 28 ZGB darstellen[240].

240 Vgl. Hotz, a.a.O., S. 77 ff.

V. *Die polizeiliche Verwendung von TBA*

1. Im Zusammenhang mit den durch Art. 32 StrGB gewährten Rechtfertigungsgründen interessiert vor allem die Frage, ob und inwieweit Polizeiorgane zur Anwendung moderner akustischer und visueller Ermittlungsverfahren berechtigt sind.

In der Literatur sind diesbezüglich zahlreiche Kontroversen entstanden. Einerseits besteht die Ansicht, die Polizei sei zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auf Grund der polizeilichen Generalklausel unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit zur Gefahrenabwehr mittels TBA berechtigt[241]. Anderseits wird der Standpunkt vertreten, dass sich die Polizeipraxis überhaupt keiner Methoden zur heimlichen Tonaufzeichnung bedienen dürfe, weil damit ein Verstoss gegen die Menschenwürde verbunden sei[242]. Eine recht differenzierte Lösung des Problems strebt Lang-Hinrichsen an[243]. Von der grundsätzlichen Feststellung ausgehend, dass sich sämtliche staatlichen Eingriffe an den Grundrechten zu orientieren haben, prüft er die einzelnen mit technischen Geräten erfolgenden Eingriffsmöglichkeiten in den persönlichen Geheimbereich auf ihre Verfassungskonformität[244].

2. Eine zeitgemässe und wirksame Verbrechensbekämpfung und insbesondere der Staatsschutz werden auf lange Sicht hinaus ohne den Einsatz von TBA nicht mehr zu verwirklichen sein[245].

a. Was nun die Anwendung von Geräten zum Zwecke *behördlicher Telephonüberwachungen* anbetrifft, so ist auf den revidierten Art. 7 des TTVG[246], die BStP und die kantonalen Strafprozessordnungen zu verweisen. Eine gesetzliche Umschreibung der Voraussetzungen von Telephonüberwachungen drängt sich vor allem auf, weil das Telephon ein allgemein zugängliches und von der gesamten Öffentlichkeit benutztes Kommunikationsmittel ist. Der Bürger hat daher ein besonderes Interesse und ein Recht, zu wissen, unter welchen Voraussetzungen seine Telephongespräche überwacht werden können.

241 Vgl. Frey, a.a.O., S. 156 ff., der detaillierte Anleitungen über die Ausrüstung der Polizei mit solchen Geräten vermittelt. Zu den mannigfaltigen Verwendungsmöglichkeiten von Bildaufnahmegeräten durch die Polizei vgl. Gallus, a.a.O., S. 143

242 Coing, Die heimliche Tonbandaufnahme als Rechtsproblem, S. 44. Diesen Grundsatz würde Coing wohl auch hinsichtlich heimlicher Bildaufnahmen aufrecht erhalten. Vgl. auch Henkel, a.a.O., S. 126

243 A.a.O., S. 18 ff., insbesondere S. 25 ff.

244 Eingriffe *akustischer* oder *optischer* Art sind nach seiner Ansicht nur dann zulässig, wenn sie sich auf Vorgänge beziehen, *die selbst strafbare Taten darstellen* (z.B. Abhören eines Telephongesprächs, durch welches eine strafbare Handlung verwirklicht wird oder Abhören eines in einer Wohnung geführten Gesprächs, das diese Voraussetzungen erfüllt). Unzulässig sind diese Eingriffe jedoch, wenn sie der Ermittlung *einer bereits begangenen Straftat* dienen, also im polizeilichen Ermittlungsverfahren. Wenn es gilt, *Straftaten zu verhindern*, so dürfen die Eingriffe unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips erfolgen (Ausnahme: Telephongespräche dürfen zur Verhinderung einer Straftat nicht abgehört werden).

245 Das Bedürfnis nach solchen Mitteln zur Verbrechensbekämpfung scheint vor allem in den USA heute bereits sehr gross zu sein. Vgl. dazu Packard, a.a.O., S. 21

246 Durch das BG über die Änderung des Bundesgesetzes betreffend den Telegraphen- und Telephonverkehr und des Bundesgesetzes betreffend den Postverkehr (vom 20.12.1968) wurde er folgendermassen gefasst:
"Die Post-, Telephon- und Telegraphenbetriebe sind auf schriftliches Gesuch der zuständigen eidgenössischen Justiz- oder Polizeibehörden oder der zuständigen kantonalen Justizbehörden zur Auslieferung von dienstlichen Aufzeichnungen über den Telephonverkehr oder von

Der Kreis der durch Art. 7 TTVG bezeichneten Personen, die eine Telephonüberwachung verlangen können, ist durch Art. 7 der VV I[247] folgendermassen umschrieben:

"Zuständige Justiz- und Polizeibehörden im Sinne von Artikel 7 des Telegraphen- und Telephonverkehrsgesetzes sind:

a. die eidgenössischen Untersuchungsrichter;
b. der Bundesanwalt und der Chef der Bundespolizei;
c. die militärischen Untersuchungsrichter;
d. die kantonalen Strafuntersuchungsorgane;
e. der Polizeivorsteher in der Kantonsregierung, soweit es sich um die Verhinderung eines Verbrechens handelt.

Das Recht der Kantone, den Kreis ihrer zuständigen Behörden einzuschränken, bleibt vorbehalten."

Aus dieser Regelung ist ersichtlich, dass es der Präventivpolizei möglich ist, eine Telephonüberwachung zu verlangen, wenn sie einem künftigen Delikt – etwa einem unmittelbar bevorstehenden Banküberfall – auf die Spur kommen will.

b. Für *andere behördliche Eingriffe* mit TBA besteht keine ausdrückliche Rechtsgrundlage ähnlicher Art. Diese Eingriffe sind in zwei verschiedene Kategorien aufzuteilen und ihre Voraussetzungen nach unterschiedlichen Gesichtspunkten zu würdigen.

aa. Eingriffe zur Verhinderung und Bekämpfung von Straftaten[248]:

Solche Eingriffe dürften vor allem zum Zwecke des Staatsschutzes[249] (Spionageabwehr) nötig werden. Sie rechtfertigen sich auf Grund des Artikels 32 StrGB[250].

Die Voraussetzungen der Verwendung von TBA ergeben sich im einzelnen, wie diejenigen des Waffengebrauchs durch die Polizei[251], aus den Polizeigesetzen, Verordnungen, Dienstreglementen oder Dienstanweisungen[252]. Zwar hat sich bisher ein Bedürfnis zur Legiferierung auf kantonaler Ebene noch nicht ergeben. Es muss jedoch festgestellt werden, dass die Kantone die Möglichkeit haben, ihrer Polizei die Verwendung solcher Geräte zu erlauben.

Telegrammen sowie zur Auskunfterteilung über den Telephon- oder Telegrammverkehr bestimmter Personen verpflichtet, wenn es sich um eine Strafuntersuchung wegen eines Verbrechens oder um seine Verhinderung handelt.
Eine solche Pflicht zur Auslieferung und Auskunfterteilung besteht auch, wenn das Gesuch vom zuständigen kantonalen Polizeidirektor zur Verhinderung eines Verbrechens gestellt wird.
Bei strafbaren Handlungen gegen den Staat, die Landesverteidigung und die Wehrkraft des Landes finden die Bestimmungen von Absatz 1 auch auf Vergehen Anwendung.
Erweisen sich die gemäss Absatz 1 bis 3 angeordneten Massnahmen als nicht mehr nötig, sind sie unverzüglich einzustellen."

247 Vgl. den Bundesratsbeschluss über die Änderung der VV I zum TTVG (vom 1.12.1969)

248 Als solche sind etwa die zur Garantie der Flugsicherheit notwendigen Röntgenaufnahmen von Fluggepäck zu betrachten.

249 Vgl. Süss, a.a.O., S. 205; Graven, a.a.O., S. 373

250 Z.B. die Besprechungen einer Gruppe, welche Angriffe auf die verfassungsmässige Ordnung des Staates plant, werden durch Polizeiorgane abgehört und auf Tonband aufgenommen.

251 Vgl. Hartmann, a.a.O., S. 331 ff. und Noll, Rechtfertigungsgründe, S. 182 ff.

252 Noll, Rechtfertigungsgründe, S. 182. Vgl. Haefligers Feststellung, a.a.O., S. 33, wonach Art. 32 StrGB nicht verlangt, dass ein Gesetz des Bundes die Tat gebiete, sondern ein kantonaler Rechtssatz genüge.

bb. Eingriffe zur Aufklärung von Straftaten:

Voraussetzungen der Verwendung von TBA durch Strafuntersuchungsbehörden zum Zwecke der Aufklärung bereits begangener Straftaten, sind durch formelle Gesetze, durch die kantonalen Strafprozessordnungen zu regeln[253].

VI. Die Wahrnehmung berechtigter Interessen

1. Gesetzlich ist dieser Rechtfertigungsgrund nur in Artikel 173 StrGB für die üble Nachrede anerkannt. Er ist jedoch bezüglich anderer Delikte keineswegs auszuschliessen[254]. Der Grundgedanke des teils gesetzlichen, teils übergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes[255] ist der, dass ein Verhalten, selbst wenn es vom Gesetz mit Strafe bedroht wird, als zulässig zu betrachten ist, wenn es notwendiges und angemessenes Mittel zu einem berechtigten Zweck darstellt[256]. Diese Umschreibung erlaubt es nicht, die Wahrnehmung berechtigter Interessen von andern Rechtfertigungsgründen klar abzugrenzen. Die Formulierung deutet jedoch darauf hin, dass die Wahrnehmung berechtigter Interessen, wie alle andern Rechtfertigungsgründe, auf dem *allgemeinen Wertabwägungsprinzip* beruht[257].

2. Das Privatrecht anerkennt die Wahrnehmung berechtigter Interessen seit langem als Rechtfertigungsgrund. Für die Beantwortung der Frage, wann die Berufung auf diesen Rechtfertigungsgrund als Strafausschliessungsgrund angezeigt ist, können die durch das Privatrecht entwickelten Grundsätze gewisse Anhaltspunkte vermitteln.

Es wird in der Praxis zu untersuchen sein, ob sich die Presse auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen berufen könne, wenn sie zum Zweck der Berichterstattung in den persönlichen Geheimbereich einer Person eingreift[258]. Ein solches Eingriffsrecht darf in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre wohl nur dann bejaht werden, wenn ein besonderes Interesse der Öffentlichkeit an der Orientierung und Information über Tatsachen aus dem persönlichen Geheimbereich eines einzelnen besteht, d.h. wenn dieses Interesse höherwertiger erscheint, als das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen über seinen persönlichen Geheimbereich[259]. Je tiefer in den persönlichen Geheimbereich eingedrungen wird,

253 Vgl. § 22 II

254 Noll, Rechtfertigungsgründe, S. 185

255 Germann, Schweizerisches Strafgesetzbuch, S. 62 (Vorbemerkung zu Art. 32 StrGB)

256 Noll, Rechtfertigungsgründe, S. 185

257 Vgl. die Aufgabenumschreibung der Presse im grundlegenden Entscheid BGE 37 I 377. Danach ist es die Aufgabe der Presse "dem Leser bestimmte, die Allgemeinheit interessierende Tatsachen zur Kenntnis zu bringen, ihn über politische, ökonomische, wissenschaftliche, literarische und künstlerische Ereignisse aller Art zu unterrichten, über Fragen von allgemeinem Interesse einen öffentlichen Meinungsaustausch zu provozieren, in irgendeiner Richtung auf die praktische Lösung eines die Öffentlichkeit beschäftigenden Problems hinzuweisen, über die Staatsverwaltung und insbesondere über die Verwendung öffentlicher Gelder Aufschluss zu verlangen, allfällige Missbräuche im Gemeinwesen aufzudecken."

258 Dies ist jedoch umstritten. Vgl. Noll, Rechtfertigungsgründe, S. 185 ff., der sich mit den Gegnern dieser Ansicht auseinandersetzt.

259 Hotz, a.a.O., S. 81. Vgl. ferner Amtliches Bulletin, Nationalrat 17.9.1968, S. 186

desto schwerwiegender muss das öffentliche Interesse an der Orientierung sein[260].

So dürfen Tatsachen aus dem persönlichen Geheimbereich einer Person des öffentlichen Lebens nur dann mit Bildaufnahmegeräten ausgekundschaftet und einer breiten Öffentlichkeit bekanntgegeben werden, wenn sie in einem "unlösbaren" Zusammenhang stehen mit ihrer öffentlichen Stellung[261]. Die beobachteten und durch das Mittel der Presse bekanntgegebenen Tatsachen müssen beachtliche Rückschlüsse zulassen auf jene eine öffentliche Stellung bekleidende Person. Die den Geheimbereich eines hohen Magistraten tangierende Mitteilung müsste somit etwa dartun, dass der Politiker des durch ihn bekleideten Amtes unwürdig ist. Ein solcher Vorwurf könnte beispielsweise anhand von Photos untermauert werden.

3. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob sich Presse-, Radio- und Fernsehberichterstatter auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen berufen können, um anlässlich einer öffentlichen Gerichtsverhandlung Ton- oder Bildaufnahmen herzustellen. Sind also etwa direkte Radio- und Fernsehübertragungen aus dem Gerichtssaal zulässig[262]? Der Verneinung dieser Frage liegen folgende Überlegungen zugrunde:

a. Der Allgemeinheit muss das unbestreitbare Recht zugestanden werden, sich über Entscheide der Gerichte zu informieren. Dieses Recht schlägt sich denn auch im heute allgemein geltenden Grundsatz der Öffentlichkeit von Hauptverhandlungen nieder, einer Maxime, die sich im Kampf gegen die Geheimverfahren der Inquisitionsprozesse durchzusetzen vermochte. Erst durch die Presseberichterstattung kommt dieser Grundsatz voll zur Geltung. Gerade die Presse trägt wesentlich zur Kontrolle der Rechtspflege durch das Volk bei und vermittelt Belehrungen in Rechtsfragen[263]. Wenn die Allgemeinheit laufend im wesentlichen über die wichtigsten Entscheide informiert wird, so ist damit dem Öffentlichkeitsgedanken bestens Genüge getan. Dieser will nämlich nicht besagen, dass jedermann möglichst umfassend und im Detail über einen Prozessablauf unterrichtet werden soll, sondern er bedeutet, dass beliebige Personen als Zuhörer und Zuschauer an der Hauptverhandlung teilnehmen können, ohne dass dabei eine bestimmte Auswahl unter denjenigen getroffen wird, die den Zutritt begehren[264]. Es soll der Allgemeinheit lediglich die Möglichkeit geboten werden, die Rechtspflege zu kontrollieren. Sinn und Zweck der Öffentlichkeitsmaxime würden jedoch verkannt, wenn nicht mit Nachdruck darauf hingewiesen würde, dass ihr durch die Zulassung von Radio- und Fernsehberichterstattern zu den Gerichtsverhandlungen nicht gedient wäre. Dies bringt Heimerich[265] m.E. vorzüglich zum Ausdruck, wenn er den Unterschied zwischen Presseberichterstattung einerseits und Radio- bzw. Fernsehberichten anderseits folgendermassen umschreibt:

"Die Öffentlichkeit der Verhandlung ist vorgeschrieben, und das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit ist durchaus anzuerkennen; aber die Öffentlichkeit, an die der Gesetzgeber gedacht hat, ist doch eine andere als eine Millionen-Öffentlichkeit, die durch Rundfunkaufnahmen im

260 Jäggi, a.a.O., S. 246 a
261 Vgl. BGE 37 I 389; Hotz, a.a.O., S. 81; Schumacher, a.a.O., S. 141; Kommentar Gutzwiller, S. 371
262 Eingehende Ergänzungen der Strafprozessordnungen wären wünschenswert.
263 Schumacher, a.a.O., S. 87. Auch das Bundesgericht gibt dem Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlungen diesen Sinngehalt (vgl. BGE 95 I 365 E 1).
264 Kirschbaum, a.a.O., S. 4 f.
265 A.a.O., S. 251

Gerichtssaal hergestellt wird und die Prozessbeteiligten nötigt, persönlichste und intimste Äusserungen vor Millionen anderer Menschen auszubreiten. Wenn ein in der Gerichtsverhandlung anwesender Presseberichterstatter seiner Zeitung berichtet, die auch von Tausenden gelesen wird, so ist das doch etwas ganz anderes, als wenn die Prozessbeteiligten damit rechnen müssen, dass ihre Worte in dem Augenblick, in dem sie gesprochen werden, oder auch später einer unbeschränkten Zahl von Menschen zu Gehör kommen. Die Prozessbeteiligten sind in einem solchen Fall genötigt, sich auf diese unbeschränkte Zuhörerschaft einzustellen; sie können dabei Hemmungen oder auch Antrieben unterliegen, die der Wahrheitsfindung im eigentlichen Prozess geradezu schädlich sein können."[266]

Die Besinnung auf das Wesen der Öffentlichkeitsmaxime lässt uns somit die in der Literatur umstrittene Frage[267] nach der Zulässigkeit von Radio- und Fernsehübertragungen aus dem Gerichtssaal verneinen[268]. Die Zulässigkeit ist nur dann zu bejahen, wenn vorgängig die Zustimmung aller Prozessbeteiligten eingeholt worden ist[269].

b. Die Charakterisierung der Öffentlichkeitsmaxime zeigt, dass die im Gerichtssaal geführten Verhandlungen von den anwesenden Berichterstattern und dem Publikum aus gesehen als *fremde nichtöffentliche Gespräche* im Sinne von Art. 179bis StrGB zu betrachten sind. Die mündlichen Gerichtsverhandlungen richten sich in ihrer *ursprünglichen Form* keineswegs an den unbestimmten Kreis einer Millionenöffentlichkeit. Die Prozessparteien wenden sich nicht freiwillig an eine breite Öffentlichkeit, sondern sie werden durch prozessrechtliche Grundsätze gezwungen, sich die Präsenz einer gewissen Öffentlichkeit gefallen zu lassen. Das Spezifische dieser Öffentlichkeit dürfte durch den in der Literatur üblich gewordenen Begriff der "Saalöffentlichkeit" zum Ausdruck gebracht werden.

Aus denselben Überlegungen heraus kann das bildlich fixierbare Geschehen im Gerichtssaal nicht schlechthin dem Gemeinbereich zugeordnet werden. Vielmehr stehen anlässlich von öffentlichen Gerichtsverhandlungen Tatsachen aus dem Geheim- und Privatbereich von Prozessbeteiligten zur Diskussion, die für die Anwesenden akustisch und visuell wahrnehmbar sind[270]. Daher wäre es unrealistisch, Gerichtsverhandlungen schlechthin einem ganz bestimmten Lebensbereich zuzuordnen[271]. Strafrechtlich kann derjenige, der eine öffentliche Gerichtsverhandlung mit einem Bildaufnahmegerät verfolgt, auf Grund der gesetzlichen Regelung von Art. 179^{quater} StrGB aber nur dann erfasst werden, wenn die fraglichen Geschehnisse dem nicht jedermann ohne weiteres zugänglichen Teil des Privatbereichs oder dem Geheimbereich eines Prozessbeteiligten angehören. Eine befriedigendere Lösung ergäbe sich

266 Auf die Tatsache, dass die Anwesenheit von Rundfunkberichterstattern die Befangenheit und die physischen Hemmungen der Prozessbeteiligten in unzumutbarer Weise steigert und so die Wahrheitsfindung leicht in Frage stellt, wird verschiedentlich hingewiesen. Vgl. Werhahn, a.a.O., S. 41; Kirschbaum, a.a.O., S. 23; Roggemann, a.a.O., S. 133; Bussmann, a.a.O., S. 53.

267 Vgl. die Übersicht bei Lang, a.a.O., S. 49, Anm. 120

268 Das gleiche gilt auch für Ton- und Bildaufnahmen, die nicht direkt übertragen werden.

269 Vgl. die "Entschliessungen und Vorschläge" in Weinheimer Tagung, S. 99; Heimerich, a.a.O., S. 251; Maunz-Dürig, Kommentar zu Art. 2 Abs. 1 GG, S. 36; Roggemann, a.a.O., S. 129

270 Z. B. wird ein Film vorgeführt, der die Geheimsphäre eines Angeschuldigten betrifft, oder irgendein Gegenstand aus seinem Intimbereich (etwa sein Tagebuch) wird dem Gericht als Beweisstück vorgelegt. Aber auch Zeugen müssen sich mitunter empfindliche Eingriffe in ihren persönlichen Geheimberich gefallen lassen. (Vgl. Lang, a.a.O., S. 63 f.)

271 Lang, a.a.O., S. 51, ordnet sie der Privatsphäre zu.

jedoch auf Grund der de lege ferenda[272] vorgeschlagenen Fassung des Artikels 179quater. Damit wäre die Bestrafung von zustimmungslosen direkten oder indirekten Ton- und Bildübertragungen aus dem Gerichtssaal sichergestellt, wenn sie den Geheim- oder den Privatbereich einer am Prozess beteiligten Person berührten. Die verwerfliche Motivation läge solchem Vorgehen wohl stets zugrunde.

VII. Ergeben sich auf Grund besonderer Unterordnungs- und Abhängigkeitsverhältnisse Eingriffsrechte in den persönlichen Geheimbereich?

1. In Konkretisierung dieser Fragestellung sollen vor allem zwei Problemkreise behandelt werden:

a. Haben die Eltern das Recht, zur Überwachung ihrer Kinder TBA zu verwenden?

b. Dürfen Personen, die sich dem Staat gegenüber in einem besondern Gewaltverhältnis befinden (Insassen von Strafanstalten, Militärpersonen, Schüler etc.) mit solchen Geräten überwacht werden?

2. Die Überwachung der Kinder durch ihre Eltern:

a. Die Überwachung aus Sicherheitsgründen:

Durch Art. 179quinquies StrGB wird die Verwendung von solchen Geräten straflos erklärt, die sich gerade auch für die Überwachung von Kindern eignen. Man denke etwa an die Installierung einer Gegensprechanlage, um das Geschehen in einem Kinderzimmer verfolgen zu können. Wer für solche Zwecke jedoch andere, durch das BG betr. VpG verbotene Einrichtungen einsetzt, der macht sich nach Art. 179sexies strafbar[273]. Die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale der Artikel 179bis und 179quater ist jedoch nicht in Erwägung zu ziehen, solange sich die Überwachung auf Kleinkinder, d.h. auf Urteilsunfähige bezieht. Wohl steht auch ihnen grundsätzlich der persönliche Geheimbereich als Ausfluss der menschlichen Würde zu, jedoch aktualisiert sich dieses Recht hier gar nicht, da die Betroffenen eine solche Überwachungsmassnahme, sofern sie diese überhaupt realisieren, nicht als einen Eingriff empfinden[274].

b. Die Überwachung als erzieherische Massnahme:

Es wäre durchaus denkbar, dass Eltern sich auf das ihnen zustehende Erziehungsrecht berufen wollten, um daraus die Berechtigung abzuleiten, Telephon- und andere Gespräche der ihrer elterlichen Gewalt unterstehenden urteilsfähigen unmündigen Kinder abzuhören oder deren Verhaltensweisen innerhalb oder ausserhalb der elterlichen Wohnung mit Bildaufnahmegeräten zu verfolgen. Zwar ist dem Jugendlichen auch innerhalb der Familiengemeinschaft ein Bereich zuzugestehen, in welchem die Rechte, die ihm um seiner Persönlichkeit willen zustehen, zur Entfaltung gelangen. Die erwähnten Überwachungsmassnahmen dürften jedoch unerwachsenen Jugendlichen gegenüber soweit gerechtfertigt sein, als sie erzieherische Massnahmen darstellen. So kann die Erziehung eines Jugendlichen gebieten, dass seine Telephongesprä-

272 Vgl. § 14 II C

273 Allein der Besitz eines solchen Gerätes ist schon strafbar. Die missbräuchliche Verwendung muss nicht erst noch nachgewiesen werden.

274 Die Einwilligung eines Urteilsunfähigen wäre im übrigen unbeachtlich (vgl. § 16 IV D).

che durch den Inhaber der elterlichen Gewalt abgehört[275] oder Tagebuchaufzeichnungen eingesehen, wenn nötig photographiert und an Personen weitergegeben werden, die an seiner Erziehung mitbeteiligt sind (Lehrer, Heimleiter, Jugendanwaltschaft etc.). Sobald nun aber die Überwachungsmassnahmen nicht mehr einem Erziehungszweck dienen, können sie Verletzungen im Sinne der Art. 179bis. 179ter oder 179^{quater} darstellen. So wird der Geheimbereich eines Jugendlichen tangiert, wenn seine Tagebuchaufzeichnungen photokopiert und an eine Zeitungsredaktion weitergegeben werden[276]. Der Jugendliche wäre in seiner Würde tangiert, wenn er innerhalb der elterlichen Wohnung einer dauernden und ununterbrochenen akustischen und visuellen Überwachung unterworfen wäre. Das Bewusstsein, ständiger Bespitzelung ausgesetzt zu sein, könnte seine Persönlichkeitsentfaltung empfindlich beeinträchtigen.

Betrifft ein solcher Eingriff eine urteilsfähige unmündige, noch nicht 18 Jahre alte Person, so stellt sich die Frage, wer antragsberechtigt ist. Da der gemäss Art. 28 Abs. 2 StrGB zum Antrag berechtigte gesetzliche Vertreter identisch ist mit dem rechtswidrig in den persönlichen Geheimbereich des Jugendlichen Eingreifenden, wird sich der Verletzte an die Vormundschaftsbehörde wenden müssen, die ihrerseits Antrag zu stellen hat.

3. Die Überwachung von Personen, die in einem besondern Gewaltverhältnis stehen:

Die Frage, ob etwa Gespräche, die in der Abgeschlossenheit der Zelle zwischen Strafgefangenen geführt werden, abgehört oder aufgenommen werden dürfen, hat in der Literatur eine Kontroverse ausgelöst[277]. Nur die Besinnung auf das Wesen des besondern Gewaltverhältnisses bringt uns der Lösung des Problems näher.

Vom Antritt der Strafverbüssung an steht der Gefangene in einem gesteigerten Abhängigkeitsverhältnis zum Staat. Dieses besondere Gewaltverhältnis ist von zahlreichen, einen zweckmässigen Strafvollzug garantierenden Einschränkungen der Persönlichkeitsentfaltung gekennzeichnet. Diese sind jedoch grundsätzlich nur soweit zulässig, als es die Zweckbestimmung des besondern Gewaltverhältnisses verlangt. So ist es mit der Anstaltsordnung unvereinbar, wenn ein Inhaftierter aktiv an einem Vereinsleben mitwirkt, die eheliche Gemeinschaft weiterführt und einen unkontrollierten Briefverkehr mit der Aussenwelt führt. Auch gewisse Eingriffe in den persönlichen Geheimbereich wird sich der Gefangene gefallen lassen müssen. Die Anstaltsordnung kann es notwendig machen, dass die Gefangenenwärter auf ihren Kontrollgängen die Anwesenheit der Zelleninsassen und deren Verhalten kurz mit Hilfe eines an der Zellentüre angebrachten Türguckers überprüfen[278]. Diese Kontrolle kann auch durch eine Fernsehüberwachung von zentraler Stelle aus vorgenommen werden.

275 Dieses Überwachungsrecht erstreckt sich jedoch lediglich auf die eigenen Kinder, nicht auch auf fremde.
Vgl. Thormann / Overbeck, a.a.O., S. 170: Es wird dem Inhaber der elterlichen Gewalt das Recht eingeräumt, die an unerwachsene Kinder gerichteten Postsendungen zu öffnen und zu überwachen.

276 Wird der Inhalt des Tagebuchs abgeschrieben oder wird das Tagebuch selber weitergegeben, so wird wohl in den Geheimbereich des Jugendlichen eingegriffen, Art. 179^{quater} bietet jedoch in diesem Fall keinen Rechtsbehelf (vgl. § 19 II).

277 Bejahend: Becker, a.a.O., S. 136. Verneinend: Lang, a.a.O., S. 77 f.

278 Das Geschehen in der Zelle ist dem Geheimbereich des Insassen zuzuordnen (so auch Lang, a.a.O., S. 77).

Dabei dürfte der Gefangene allerdings keiner Überwachung unterzogen werden, die länger dauert als die Kontrolle durch den Türgucker[279]. Dauerüberwachungen sind also abzulehnen. Das gilt auch für die Fixierung des Geschehens in der Zelle auf einen Bildträger, da sich die Bilder in besonderem Masse für die Weitergabe an Dritte eignen. Der Rahmen einer blossen Kontrolle wird dadurch gesprengt.

Auf Grund dieser Überlegungen kommen wir zum Ergebnis, dass das durch den Einsatz besonderer technischer Mittel erfolgende Abhören oder Aufnehmen von Gesprächen, die in einer Zelle geführt werden, als unzulässiger Eingriff in den persönlichen Geheimbereich zu betrachten ist. Solche Überwachungsmethoden sind zu persönlichkeitsnah und entwürdigend[280]. Das Wissen um sie lässt im Gefangenen ein Gefühl von Befangenheit und Misstrauen aufkommen. Die anlässlich einer solchen Überwachung entstehende Tonaufnahme stellt ein bleibendes Dokument dar und birgt die Gefahr der Weiterverbreitung der aufgenommenen Gespräche in sich. Notwendige Kontrollen können mit Mitteln durchgeführt werden, welche die Würde des Menschen weit mehr schonen.

§ 17 Artikel 179^{sexies}

Inverkehrbringen und Anpreisen von Abhör-, Ton- und Bildaufnahmegeräten

1. Wer technische Geräte, die insbesondere dem widerrechtlichen Abhören oder der widerrechtlichen Ton- oder Bildaufnahme dienen, herstellt, einführt, ausführt, erwirbt, lagert, besitzt, weiterschafft, einem andern übergibt, verkauft, vermietet, verleiht oder sonstwie in Verkehr bringt oder anpreist oder zur Herstellung solcher Geräte Anleitung gibt,

wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.

2. Handelt der Täter im Interesse eines Dritten, so untersteht der Dritte, der die Widerhandlung kannte und sie nicht nach seinen Möglichkeiten verhindert hat, derselben Strafandrohung wie der Täter.

Ist der Dritte eine juristische Person, eine Kollektiv- oder eine Kommanditgesellschaft oder eine Einzelfirma, so findet Absatz 1 auf diejenigen Personen Anwendung, die für sie gehandelt haben oder hätten handeln sollen.

279 Das Anstaltsreglement müsste genaue Angaben betreffend Verwendungszweck einer solchen Anlage geben und den Kreis der zum Gebrauch befugten Personen genau umschreiben.

280 Durchaus zu unterstützen sind die Ausführungen Roggemanns, a.a.O., S. 120 f., der mit Nachdruck darauf hinweist, dass die Installation von Abhör- und Tonaufnahmegeräten (gleiches muss auch für Bildaufnahmegeräte gelten) in Gefängniszellen und Aufenthaltsräumen mit einer fortdauernden Bespitzelung verbunden sei und eine Beeinträchtigung der Menschenwürde darstelle. Auch besonders gelagerte Verbrechensfälle rechtfertigen nach Roggemann solche Überwachungspraktiken nicht.

I. Von der Notwendigkeit dieser Strafbestimmung

1. Wenn TBA, die vornehmlich dazu bestimmt sind, bei solchen nach Art. 179bis, 179ter und 179^{quater} strafbaren Handlungen verwendet zu werden, frei angeboten würden, bestünde für weite Kreise der Bevölkerung ein Anreiz zum Kauf solcher Apparate. Hätten diese technischen Erzeugnisse den Markt einmal erobert, so wäre deren wirksame Bekämpfung nicht mehr möglich. Die Garantie eines wirksamen Schutzes des persönlichen Geheimbereichs hängt daher weitgehend davon ab, welche Massnahmen der Gesetzgeber zur Unterbindung der Herstellung und des Vertriebs solcher Geräte ergreift. So hat der schweizerische Gesetzgeber erkannt, dass verschiedenste Vorbereitungshandlungen, welche eine nach Art. 179bis, 179ter oder 179^{quater} strafbare Anwendung von TBA ermöglichen, zu selbständigen Straftatbeständen ausgestaltet werden müssen. Ohne den Art. 179^{sexies} wäre die Wirksamkeit des durch das BG betr. VpG gewährten Schutzes in Frage gestellt. Es kann deshalb die Bestimmung als Kernstück des Gesetzes bezeichnet werden.

Nur die Ausgestaltung der durch den Straftatbestand erfassten Handlungen als *Offizialdelikte* garantiert deren Verfolgung und gewährleistet die im öffentlichen Interesse liegende Unterbindung verwerflicher Abhör- und Aufnahmepraktiken, sowie die Verbreitung der entsprechenden Geräte. Die angedrohte Gefängnisstrafe deutet darauf hin, dass es sich um verhältnismässig schwerwiegende Taten handelt.

II. Die Ausgestaltung der Strafnorm

1. Art. 179^{sexies} ist in seiner Ausgestaltung den Straftatbeständen der Artikel 154, 204, 226, 236, 244 und 247 StrGB nachgebildet.

2. Der Gesetzestext erfasst klar und verständlich formuliert alle wesentlichen Verbreitungsarten. Wir wollen uns daher an dieser Stelle mit einigen Hinweisen begnügen.

a. Das nach Art. 179^{sexies} Ziff. 1 strafbare Herstellen, Einführen, Ausführen, Erwerben, Lagern, Besitzen, Weiterschaffen, Übergeben, Verkaufen, Vermieten, Verleihen, Inverkehrbringen und Anpreisen bezieht sich nur auf *fertig fabrizierte Geräte*, die der Verletzung des persönlichen Geheimbereichs dienen. Die Absicht, diese Handlungen auch dann zu bestrafen, wenn sie sich lediglich auf Bestandteile zu solchen Geräten beziehen, wurde zurecht nicht konkretisiert. Ein und derselbe Bestandteil kann nämlich sowohl in ein verbotenes als auch in ein erlaubtes Gerät eingebaut werden. Seine unerlaubte Verwendung steht also durchaus nicht immer von vornherein fest. Eine Firma, die beispielsweise ausschliesslich Transistoren herstellt, kann nicht verantwortlich gemacht werden, wenn einer ihrer Kunden diese Erzeugnisse zur Ausstattung von Kleinabhörgeräten verwendet. So bleibt denn der Verkauf von Bestandteilen, die unter Umständen in ein Gerät eingebaut werden können, das zur Verletzung des persönlichen Geheimbereichs gebraucht wird, straflos. Weiss der Hersteller und Lieferant dieser Bestandteile allerdings um deren missbräuchliche Verwendung oder ahnt er eine solche, so macht er sich der Gehilfenschaft bei der Herstellung von TBA strafbar.

b. Nach Art. 179^{sexies} Ziff. 1 wird ferner bestraft, wer "zur Herstellung solcher Geräte Anleitung gibt". Dabei handelt es sich um eine *selbständige Bestrafung von Anstiftungs- oder Gehilfenschaftshandlungen*[281]. Diesen Straftatbestand erfüllt z. B., wer einen in seine Bestandteile zerlegten Miniatursender als Baukasten verkauft und eine schriftliche Anleitung zur Zusammensetzung beilegt. Ebenso ist strafbar, wer in einer Broschüre für jeden Bastler leicht verständliche Auskünfte gibt über die bei der Herstellung eines solchen Gerätes zu beachtenden technischen Belange. Lediglich wissenschaftliche Abhandlungen dürften von dieser Strafbestimmung ausgenommen sein.

3. Die bundesrätliche Botschaft sah ursprünglich folgende Formulierung der subjektiven Tatbestandsmerkmale vor: "Wer technische Geräte, die, wie er weiss oder annehmen muss, . . ." Auf diese Umschreibung wurde sicherlich zurecht verzichtet. Ihre Beibehaltung hätte die praktische Anwendung des Artikels 179^{sexies} stark eingeschränkt. Dem Käufer eines zur Verletzung des persönlichen Geheimbereichs eingesetzten Gerätes hätte nämlich nachgewiesen werden müssen, dass er dieses mit der Absicht erstand, eine im Sinne der Art. 179bis, 179ter oder 179^{quater} strafbare Handlung zu begehen. Dem Verkäufer wäre zu beweisen gewesen, er habe diese Sachlage gekannt. Dass ein Angeschuldigter um den missbräuchlichen Zweck wusste, dürfte in all jenen Fällen evident sein, wo Geräte in den Verkehr gelangen, die bestimmungsgemäss der Verletzung des persönlichen Geheimbereichs dienen (z.B. Minispione). Vielfach kann aber der Beweis über die rechtswidrige Zweckbestimmung eines technischen Gerätes erst erbracht werden, wenn die Handlung des Täters das Versuchsstadium erreicht.

4. Es ist unmöglich schlechthin jedes Gerät, das zu Eingriffen in den persönlichen Geheimbereich missbraucht werden kann, zu verbieten. Das Gesetz trägt diesem Umstand Rechnung, bestraft es doch die durch Art. 179^{sexies} Ziff. 1 vorgesehenen Handlungsweisen nur unter der Voraussetzung, dass sie sich auf die Geräte beziehen, die *insbesondere* zur Begehung einer der durch die Artikel 179bis, 179ter oder 179^{quater} erwähnten strafbaren Handlungen dienen. Betroffen sind damit all jene Geräte, deren Zweck *offensichtlich* ist, so vor allem die durch das Gesetz bekämpften sog. Minispione, nicht aber z.B. die Kamera mit Teleobjektiv.

5. Wenn in Abs. 1 von Ziff. 2 des Artikels 179^{sexies} der Dritte bestraft wird, in dessen Interesse der Täter handelt, so ist damit die strafrechtliche Erfassung von Hintermännern und eigentlichen Profiteuren sichergestellt, welche die nach Ziff. 1 strafbaren Handlungen kennen und nicht verhindern.

Abs. 2 von Ziff. 2 findet Anwendung, wenn der Täter als Angestellter einer Hersteller-, Handels-, Transport- oder Werbefirma handelt. Es sollen auch die Vorgesetzten und Leiter der Firma gleich wie der Täter bestraft werden[282].

281 Das StrGB kennt noch andere solche Tatbestände: vgl. dazu Schultz, Teilnahme I, S. 4.
282 Botschaft, S. 14

III. Die richterliche Einziehung von solchen den persönlichen Geheimbereich verletzenden oder gefährdenden Geräten

1. Die bundesrätliche Botschaft sah ursprünglich einen Art. 179^{septies} mit folgendem Wortlaut vor:

"Der Richter lässt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person Abhör-, Ton- und Bildaufnahmegeräte, die zur Begehung strafbarer Handlungen nach Artikel 179bis, 179ter, 179^{quater} oder 179^{sexies} gedient haben oder bestimmt sind, die damit hergestellten Aufnahmen, die Bestandteile zu solchen Geräten sowie Werbematerial einziehen."

Dieser Bestimmung erwuchs jedoch in den Räten von allem Anfang an eine Opposition, der sie auch erlag.

2. Der Regelung lag die Bestrebung zugrunde, den Richter der Prüfung, ob die nach Art. 58 StrGB für eine Konfiskation erforderlichen Voraussetzungen vorliegen zu entheben. Er wäre schlechthin *verpflichtet* worden, alle Geräte, welche einer Verletzung des persönlichen Geheimbereichs gedient haben oder zu einer solchen geeignet sind, sowie die entsprechenden Bestandteile zu beschlagnahmen. Eine solche Norm würde eine praesumtio iuris et de iure dafür darstellen, dass die durch sie erfassten Geräte und Bestandteile die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden. Demgegenüber muss betont werden, dass solche zur Verletzung des persönlichen Geheimbereichs verwendeten Geräte nicht a priori gefährlich zu sein brauchen. Wenn sie aber im Einzelfall dazu benützt werden, eine verpönte strafbare Handlung zu begehen, so rechtfertigt es sich wohl, den Entscheid über deren Einziehung dem Richter gemäss Art. 58 StrGB anheim zu stellen. Eine obligatorische Konfiskation gewisser Geräte oder Bestandteile könnte zu unangemessenen Ergebnissen führen.

Wenn andere Straftatbestände (204 Ziff. 3, 235 Ziff. 3, 236 Abs. 3, 249, 274 Ziff. 2, 301 Ziff. 2, 327 Ziff. 3, 328 Ziff. 2) die Beschlagnahme gewisser Gegenstände obligatorisch erklären, so liegt ihnen ein anderer Zweck zugrunde. Sie zielen nämlich darauf ab, Material oder Gegenstände, die zur Begehung von Delikten verwendbar werden, schlechthin zu beseitigen und zu vernichten.

IV. Die Beschlagnahme in der Praxis; verfahrensrechtliche Fragen

1. Da Herstellung und Verkauf von Kleinabhörgeräten in der Schweiz untersagt sind, gilt es, insbesondere allfälligen Importen aus dem Ausland entgegenzuwirken. Für die Oberzolldirektion ergibt sich die Rechtsgrundlage für die Einziehung dieser Geräte sowohl implicite aus Art. 179^{sexies} als auch aus den Artikeln 17 Abs. 2, 73 und 288 in Verbindung mit 280 Abs. 2 BStP.

2. Wenn Minispione an der Grenze abgefangen werden, so wird durch die Bundesanwaltschaft ein Verfahren wegen verbotenen Nachrichtendienstes eingeleitet, da in Anbetracht der Zweckbestimmung dieser Geräte durchaus der Verdacht eines solchen Deliktes besteht.

Die bisher eingeleiteten Ermittlungsverfahren sind jedoch alle eingestellt worden, da sich keine Beweise für illegalen Nachrichtendienst ergaben.

Wenn sich ein Verdacht nachrichtendienstlicher Bestimmung der beschlagnahmten Geräte als nicht begründet erweist, so erfolgt unter Aufrechterhaltung der Beschlagnahme die Überweisung an die kantonale Strafverfolgungsbehörde. Diese leitet ein Verfahren wegen Widerhandlung gegen die Artikel 179 bis ff. ein. Allfällige Regalverletzungen werden durch die PTT-Betriebe geahndet.

§ 18 Artikel 179septies

Missbrauch des Telephons

Wer aus Bosheit oder Mutwillen eine dem Telephonregal unterstehende Telephonanlage zur Beunruhigung oder Belästigung eines andern missbraucht, wird, auf Antrag, mit Haft oder mit Busse bestraft.

I. Die Entstehungsgeschichte

1. Verschiedene kantonale Einführungsgesetze[283] bestraften bisher den aus Mutwillen oder Bosheit erfolgenden Missbrauch telephonischer Einrichtungen, Läutwerke oder Alarmvorrichtungen.

Weder das StrGB noch das Nebenstrafrecht des Bundes sahen eine solche Bestrafungsmöglichkeit vor. Gestützt auf Art. 39 der VV III vom 24.4.1959 zum TTVG kann jedoch die Telephonverwaltung jedem Abonnenten den Telephonanschluss kündigen, wenn er ihn missbräuchlich verwendet. Von Bundesrechts wegen ergaben sich bisher keine anderen Möglichkeiten, gegen missbräuchliche Verwendung des Telephons vorzugehen.

Die Frage, ob der Telephonmissbrauch als Unfug im Sinne kantonaler Einführungsgesetze betrachtet werden könne, war und ist kontrovers. M. E. spielt beim Tatbestand des Unfugs das Öffentlichkeitsmoment eine erhebliche Rolle. Wird nicht das Publikum belästigt, sondern nur ein einzelner – wie dies beim Telephonmissbrauch der Fall ist –, so liegt kein Unfug vor[284].

Auch die genannte polizeiliche Generalklausel bietet daher keine Handhabe zur Unterbindung des Telephonmissbrauchs. Sie ist eine subsidiäre Rechtsgrundlage, auf die nur im Notfall und nur dann, wenn eine Störung oder Gefährdung der öffentlichen Ordnung vorliegt, zurückzugreifen ist[285].

283 Bern Art. 21, Luzern § 47, Unterwalden nid dem Wald § 13, Solothurn § 26, Schaffhausen Art. 18, St. Gallen Art. 50, Thurgau § 50. Ausser im EG von St. Gallen ist der Tatbestand überall als Offizialdelikt ausgestaltet. Der Kanton Zug bestrafte den Telephonmissbrauch gestützt auf § 15 des Polizeistrafgesetzes als Friedensstörung.

284 Imboden, a.a.O., S. 86 ff.

285 Dabei stützen wir uns auf den durch die herrschende Lehre und Judikatur geprägten Publikumsbegriff. Danach versteht man unter Publikum "eine unbestimmte Vielzahl, eine zufällige Mehrheit von Menschen im Gegensatz zu einer bestimmten Person oder einem geschlossenen Personenkreis, welchem der Täter auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Ver-

2. In den Kantonen, welche keine gesetzliche Handhabe gegen den Telephonmissbrauch kennen, sind vermehrt Klagen laut geworden. Allein in der Stadt Zürich sind im Verlaufe der Jahre 1963–1967 (Ende Juni) 296 Anzeigen eingegangen. Gerade der Kanton Zürich bemühte sich denn auch in besonderem Masse um eine bundesrechtliche Sanktionierung. So gab die Polizeidirektion des Kantons Zürich dem EJPD im April 1968 von einer im Kantonsrat eingereichten "Motion Schütz"[286] Kenntnis, welche auf eine den Telephonmissbrauch bestrafende Regelung abzielte. Dem Ersuchen der zürcherischen Polizeidirektion um Schaffung einer eidgenössischen Strafnorm wurde entsprochen. Die nationalrätliche Kommission formulierte den heutigen Art. 179 septies, der, nachdem die bundesrätliche Botschaft bereits vorlag, in die Beratungen einbezogen wurde.

II. Das Handlungsobjekt

A. Ausgestaltung des Tatbestandes

1. Art. 179 septies bietet dem Menschen weder Schutz vor visueller noch akustischer Auskundschaftung gewisser Lebensbereiche. Vielmehr garantiert er die ungestörte Lebensentfaltung der Person, ihre Ruhe. Er schützt also die freie Entfaltung der Person schlechthin gegenüber Eingriffen, die mit ganz bestimmten Geräten (dem Telephonregal unterstehenden Telephonanlagen) erfolgen.

2. Damit erweitert Art. 179 septies den durch das BG betr. VpG gewährten Schutz in doppelter Weise:

a. Die Bestimmung stellt nämlich überhaupt nicht auf die Zugehörigkeit eines bestimmten Lebensvorganges zu dem durch das BG umrissenen persönlichen Geheimbereich ab. Sie soll ganz allgemein die Entfaltung des Menschen innerhalb und ausserhalb des persönlichen Geheimbereichs sicherstellen.

b. Indem nur die dem Telephonregal unterstehenden Telephonanlagen erwähnt sind, ist das Angriffsmittel spezifisch eng umschrieben. Als sedes materiae hätte man daher nicht in erster Linie das StrGB in Betracht ziehen sollen, sondern viel eher das TTVG.

einbarung angehört " (Zeder, a.a.O., S. 84). Wenn wir aber der Interpretation des Publikumsbegriffs durch Zeder, a.a.O., S. 85 f., folgten, so könnte auch der Telephonmissbrauch zur Beunruhigung oder Belästigung einer einzelnen Person als Unfug betrachtet werden. Dies hätte zur Folge, dass die Unfugtatbestände der Kantonalen EG, gegen deren Berechtigung sich gerade Zeder, a.a.O., S. 131 f. ausspricht, wieder an Aktualität gewännen.

286 Wortlaut der Motion: "Da sich in letzter Zeit die Klagen wegen missbräuchlicher Verwendung des Telephons häufen, ein entsprechender eidgenössischer und in unserm Kanton auch ein diesbezüglicher kantonaler Straftatbestand fehlt, womit eine angemessene Bestrafung derartiger Delinquenten ausgeschlossen ist, lade ich den Regierungsrat ein, eine passende, z. B. dem EG zum StrGB einzufügende Strafnorm auszuarbeiten, damit sie alsdann dem Volk zur Abstimmung vorgelegt werden kann. Mit dieser neuen Bestimmung sollen insbesondere schikanöse Anrufe zur Nachtzeit und Telephons zwecks unzüchtiger (nichtöffentlicher im Sinne von Art. 205 StrGB) Äusserungen erfasst werden können."

B. Die systematische Einordnung

1. Auf Grund der Ausgestaltung seines Schutzobjektes sprengt Art. 179^{septies} den Rahmen einer Revision des dritten Titels des StrGB[287]. Es muss daher die Frage aufgeworfen werden, wo eine solche Strafbestimmung hätte eingefügt werden sollen. Dabei kommen folgende kurz zu beleuchtende Eingliederungsmöglichkeiten in Frage:

a. Die Regelung wird den Kantonen überlassen.
b. Schaffung eines Artikels 186bis StrGB.
c. Teilrevision des TTVG.

2. Das Bedürfnis nach einer bundesrechtlichen Regelung des Telephonmissbrauchs ist nicht nur aus den sich häufenden Klagen über missbräuchliche Verwendungen des Telephons abzuleiten, sondern kann auch noch auf andere Umstände zurückgeführt werden.

So würde gerade eine *Vielzahl kantonaler Bestimmungen* vor allem dann zu Schwierigkeiten und unbefriedigenden Ergebnissen führen, wenn der Täter von einem Kanton in den andern telephoniert. Es wäre durchaus denkbar, dass jener Täter straflos bliebe, der von einem Kanton aus, in welchem der Missbrauch des Telephons nicht unter Strafe gestellt ist, in einen andern die Handlung bestrafenden Kanton telephoniert. Im Falle des Anrufes in umgekehrter Richtung könnte aber Strafbarkeit gegeben sein. Da es den Kantonen freigestellt ist, als Begehungsort sowohl den Ausführungs- als auch den Erfüllungsort zu bezeichnen, wären bei einer Fülle von verschiedenen Bestimmungen Schwierigkeiten nicht zu umgehen. In Anbetracht solch heikler Fragen der Strafbarkeit und Zuständigkeit ist es sicherlich zu begrüssen, dass staatspolitische Überlegungen zugunsten einer bundesrechtlichen Regelung zurückgetreten sind.

3. In diesem Zusammenhang wäre dann die Frage zu prüfen gewesen, ob nicht ein dem Hausfriedensbruch ähnlicher Tatbestand als Art. *186bis* hätte ins StrGB aufgenommen werden sollen.
Wenn schon an der Aufnahme eines den Telephonmissbrauch bestrafenden Tatbestandes ins StrGB festgehalten wurde, dann hätte eine Ergänzung des vierten Titels der *Gesetzessystematik* sicherlich *am ehesten entsprochen*. Auch Art. 186 StrGB soll ja einen von Störungen freien Zustand in gewissen Räumen gewähren. Das Schutzobjekt ist somit ähnlicher Natur, wie dasjenige, welches dem heutigen Art. 179^{septies} zugrundeliegt.

Eine solche in Anlehnung an Art. 186 StrGB erfolgende Teilrevision des vierten Titels wurde ursprünglich durch das EJPD erwogen[288]. Sie wäre jedoch aus folgenden Gründen abzulehnen gewesen:

287 Auch die im Nationalrat (Amtliches Bulletin 26.6.68, S. 345) vorgebrachte Argumentation, Art. 179^{septies} schütze auch die auf Grund anonymer Anrufe belästigte und beunruhigte Familie, spricht nicht für die Aufnahme des Straftatbestandes ins StrGB. Wenn schon eine solche Argumentation vorgebracht wurde, so hätte sie sich aber ihrem Wesensgehalt entsprechend eher für eine Aufnahme eines Straftatbestandes in den vierten Titel des StrGB auswirken müssen.

288 Vgl. Amtliches Bulletin, Ständerat 17.9.68, S. 192

a. Während beim Straftatbestand des Telephonmissbrauchs der Schutz eines psychischen Zustandes im Vordergrund steht, ist in Art. 186 StrGB das sog. "Hausrecht" geschützt, ein Recht also, über einen bestimmten Raum zu herrschen. Das durch Art. 179 septies StrGB erfasste Schutzobjekt darf aber nicht derart eng umschrieben werden. Der geschützte Zustand kann innerhalb oder ausserhalb des durch das Hausrecht erfassten Raumes verletzt werden. Der Hausfriedensbruch setzt ein physisches Eindringen in einen bestimmten Raum voraus. Beim Telephonmissbrauch ist dies per definitionem ausgeschlossen.

b. Wenn schon eine bundesrechtliche Regelung des Telephonmissbrauchs verwirklicht werden soll, dann drängte sich – wie bereits erwähnt – von der Natur des Tatmittels her eher eine Teilrevision des TTVG auf.

4. Das Telephon stellt eine gesamtschweizerische technische Einrichtung dar. Daher ist auch aus praktischen Gründen eine bundesrechtliche Regelung des Telephonmissbrauchs zu befürworten. Dem in den Räten verschiedentlich zum Ausdruck gebrachten Wunsch nach einer für die ganze Schweiz klaren Rechtsnorm wäre durch die Aufnahme einer solchen in das TTVG durchaus entsprochen. Auch wenn es sich beim TTVG um ein technisches Gesetz handelt, das in der Allgemeinheit und in Polizeikreisen weniger bekannt sein mag als das StrGB, rechtfertigt sich noch keineswegs die Überlastung des StrGB mit Tatbeständen, die bestimmungsgemäss dem Nebenstrafrecht angehören.

Die Tatsache, dass der Straftatbestand des Telephonmissbrauchs den Schutz der Person in den Vordergrund stellt und nicht den Missbrauch einer technischen Anlage, genügt als Einwand gegen die Aufnahme einer solchen Bestimmung in das TTVG nicht, da gerade das TTVG gewisse Normen aufweist, die durchaus persönlichkeitsbezogen sind (vgl. TTVG Art. 39 Ziff. 1, lit. a).

Die Aufnahme eines den Telephonmissbrauch bestrafenden Artikels ins TTVG hätte sich folgendermassen gestaltet:

- Es wäre ein Art. 39 bis zu schaffen gewesen. Die Einführung einer Ziff. 3 zu Art. 39 hätte sich nicht empfohlen, weil es sich bei den in Art. 39 erfassten Straftaten ausschliesslich um echte Sonderdelikte handelt.
- Der Wortlaut der Bestimmung hätte demjenigen des heutigen Artikels 179 septies entsprechen können.
- Art. 43 TTVG hätte durch einen Abs. 2 ergänzt werden müssen. Durch diesen Zusatz hätte die für die Beurteilung der Artikel 39–42 TTVG vorgesehene Bundesgerichtsbarkeit bezüglich der nach Art. 39 bis strafbaren Handlungen ausgeschlossen und die Gerichtsbarkeit den Kantonen übertragen werden müssen. Nur so wäre die fallweise Delegation der Strafgerichtsbarkeit an die Kantone zu umgehen gewesen.

III. Die Täterhandlung

1. Der strafbare Telephonmissbrauch muss nach Art. 179 septies zur *Beunruhigung* oder *Belästigung* eines andern führen. Zwischen diesen beiden Begriffen, die das Gesetz alternativ aufführt, besteht keine klare Abgrenzung[289]. Um Beunruhigung handelt es sich wohl, wenn der Täter den Angerufenen zu beängstigen sucht, während das Schwergewicht bei der Belästigung eher in der Aufdringlichkeit liegt.

2. Ein Hinweis auf verschiedene Arten der Beunruhigung und Belästigung muss selbstverständlich stets im Beispielhaften stecken bleiben; daher sollen hier lediglich einige häufige Formen erwähnt werden:

- Der Täter gibt bei einem anonymen Anruf ehrverletzende oder unsittliche Äusserungen von sich. Die Anonymität ist aber nicht Tatbestandsmerkmal von Art. 179 septies.
- In kürzern oder längern Zeitabständen aufeinanderfolgende Anrufe stellen oft Beunruhigungen oder Belästigungen dar. Es kann jedoch schon ein einziger Anruf den Tatbestand erfüllen.
- Es ist unerheblich, ob sich der Täter, nachdem die Verbindung hergestellt ist, zu Worte meldet oder nicht.
- Auch das blosse einmalige oder wiederholte Aufschrillenlassen des Läutwerks kann strafbar sein. Ein Abheben des Telephonhörrohrs durch den Angerufenen ist also gar nicht erforderlich.
- Vielfach ist ein Anruf belästigend oder beunruhigend, weil er zur "Unzeit" erfolgt. Es wird daher abzuklären sein, welchen Einfluss das Zeitmoment auf die Beunruhigung oder Belästigung ausübt.

3. In diesem Zusammenhang darf festgestellt werden, dass ein Anruf immer dann beunruhigend oder belästigend ist, wenn er nicht auf einen nach den Umständen des Einzelfalls ernsthaft erscheinenden Zweck ausgerichtet ist. Wenn ein solcher Zweck zwar verfolgt wird, die im Hinblick auf die Erreichung dieses Ziels *verwendeten Mittel* jedoch *unverhältnismässig sind,* kann ebenfalls eine nach Art. 179 septies strafbare Handlung vorliegen.

Dieser Feststellung entsprechend dürfte jene Frau strafbar sein, die den von ihr geschiedenen Ehemann, mit dem sie sich über ihre Unterhaltsansprüche besprechen möchte, tagsüber so oft anruft, dass dessen Geschäftstelephon während längerer Zeit blockiert wird.

4. Die Frage, ob auch das missbräuchliche telephonische Aufbieten von Polizei, Feuerwehr oder andern im Dienste der Öffentlichkeit stehender Organe nach Art. 179 septies StrGB strafbar sei, ist m.E. aus folgenden Gründen zu verneinen:

a. In all diesen Fällen drängt sich eine Bestrafung des Täters nicht deshalb auf, weil eine Person in ihrer Ruhe und ungestörten Selbstentfaltung beeinträchtigt wird. Vielmehr erscheinen solche Verhaltensweisen strafbar unter dem Gesichtspunkt der missbräuchlichen Inanspruchnahme jener Dienste, die zum Zwecke der Gefahrenabwehr auf Pikett stehen. Das Aufbieten solcher Organe ist wohl schlechthin als Alarm

289 So lässt Zeder, a.a.O., S. 97, die Beunruhigung in der Belästigung aufgehen.

zu bezeichnen. Von einer eigentlichen Beunruhigung oder Belästigung im Sinne des Artikels 179 septies kann nicht gesprochen werden, da diese Organe ohnehin in ständiger Bereitschaft stehen. Wenn nun durch falsche Meldungen die amtliche Tätigkeit dieser Stellen bewirkt wird, so liegt ein *falscher Alarm* vor.

Mit Recht halten daher verschiedene kantonale Einführungsgesetze die Tatbestände des falschen Alarms und des Telephonmissbrauchs streng auseinander[290].

Als falscher Alarm sind etwa irreführende telephonische Anrufe an Polizei, Feuerwehr, Sanität, Rettungsstationen sowie schlechthin an sämtliche öffentliche Sicherheits- und Hilfsdienste zu betrachten. Aber auch Einzelpersonen können fälschlicherweise alarmiert werden. Es sind dies vor allem Medizinalpersonen (Ärzte, Apotheker, Hebammen etc.), die ihre Dienste von Berufes wegen der Öffentlichkeit anbieten[291].

b. Ein missbräuchliches Aufbieten von Sicherheitsorganen kann auch dadurch geschehen, dass der Täter persönlich bei der betreffenden Amtsstelle oder Person vorstellig wird (in der Praxis dürfte ein solches Vorgehen zwar sehr selten sein) oder einen Druckknopfalarm auslöst. Würde nun der telephonische Falschalarm nach Art. 179 septies bestraft, so ergäbe sich eine Ungereimtheit, weil dieser Artikel gegenüber anderen missbräuchlichen Alarmen keine Handhabe bietet. Telefonische und nichttelephonische Falschmeldungen können nur auf Grund kantonaler Einführungsgesetze bestraft werden. Wo solche kantonale Bestimmungen fehlen, bleibt der Täter straflos, wenn im Einzelfall nicht der Tatbestand von Art. 149 StrGB erfüllt ist.

c. Missbräuchliche Inanspruchnahme öffentlicher Dienste sollte von Amtes wegen verfolgt werden. Daher scheint das Antragsdelikt von Art. 179 septies für deren Verfolgung ungeeignet.

5. Fälle von Idealkonkurrenz werden sich in der Praxis vor allem zwischen Art. 179 septies einerseits und den Straftatbeständen der Artikel 156 Abs. 2, 177[292], 180 und 181 anderseits ergeben.

IV. Das Tatmittel

1. Wenn Artikel 179 septies von solchen dem Telephonregal unterstehenden Telephonanlagen spricht, so sind damit alle Telephonapparate und Zusatzeinrichtungen gemeint, deren Betrieb eine Konzession der PTT erfordert. Wer also der Konzessionspflicht nicht unterstehende Einrichtungen zur Beunruhigung oder Belästigung eines andern verwendet, ist nicht nach Art. 179 septies strafbar. Straflos ist somit die miss-

290 Vgl. EG Bern Art. 16 und 21, Luzern § 47 und 48, Solothurn § 25 und 26, Schaffhausen Art. 15 und 18, St. Gallen Art. 48 und 50

291 Die Tatsache, dass diese Personen auf Grund eines privatrechtlichen Verhältnisses tätig werden, bleibt in diesem Zusammenhang ohne Einfluss.
Nicht wegen falschen Alarms zu bestrafen ist jedoch, wer einen Gewerbetreibenden nachts telephonisch aufschreckt und ihm fälschlicherweise mitteilt, sein Unternehmen stehe in Flammen. Der Angerufene übt weder hoheitsrechtliche Aufgaben aus, noch steht er im Dienste der Öffentlichkeit. Der Täter wird deshalb nur (auf Antrag) gemäss Art. 179 septies verfolgt.

292 Denkbar ist auch die Konkurrenz zwischen Art. 179 septies und den Ehrverletzungsdelikten der Artikel 173 und 174 sowie der Kreditschädigung.

bräuchliche Verwendung einer Gegensprechanlage. Wer Läutwerke oder Alarmvorrichtungen in Betrieb setzt, ist höchstens nach gewissen kantonalen Einführungsbestimmungen strafbar[293].

2. In diesem Zusammenhang erscheint ein Hinweis auf die technischen Möglichkeiten der Ermittlung anonymer Telephonanrufer erforderlich. Es sind drei verschiedene Systeme zu unterscheiden. Bei ihnen allen erfolgt die Ermittlung zentralenabhängig.

a. Beim Standard-System besteht gar keine Möglichkeit der Ermittlung.

b. Beim Hasler-System ist die Ermittlung mit einem Zollergerät möglich.

c. Beim Pentaconta-System wird die Fangeinrichtung von Anfang an in die Telephonzentrale eingebaut. So wird es möglich, jeden Anrufer zu eruieren. Obwohl der Bau solcher Einrichtungen vorangetrieben wird, dürfte es einige Zeit dauern, bis das ganze Telephonnetz damit versehen ist. Eine Lücke wird aber auch dieses System nicht zu schliessen imstande sein: Der Anrufer, der von einer öffentlichen Sprechstelle aus spricht, kann nicht ohne weiteres identifiziert werden.

V. Die Schuldform

1. Nur die *vorsätzliche* Begehung ist strafbar. Wer durch irrtümliches Bedienen der Wählscheibe eine von ihm nicht gewünschte telephonische Verbindung herstellt, bleibt auch dann straffrei, wenn er den Hörer auflegt, ohne sich zu Wort zu melden.

2. Der auf die Beunruhigung oder Belästigung eines andern gerichtete Vorsatz muss von Bosheit oder Mutwillen[294] getragen sein. Es liegt wohl im Wesen des Telephonmissbrauchs, dass ihm einer dieser zwei vom Gesetz alternativ aufgeführten subjektiven Tatbestandsmerkmale zugrundeliegt.

VI. Vorbereitungshandlung – Versuch – Vollendung

1. Das Delikt ist *vollendet*, sobald die angerufene Person das Aufschrillen des Telephonläutwerks hört und dadurch beunruhigt oder belästigt wird.

2. Jede Handlung, die dem Aufschrillen des Läutwerks vorausgeht, ist entweder als *straflose Vorbereitungshandlung*[295] oder als unvollendeter Versuch[296] zu betrachten.

293 Insofern entfalten also jene Strafbestimmungen der kantonalen Einführungsgesetze, welche zugleich den Telephonmissbrauch und den Missbrauch von Läutwerken und Alarmvorrichtungen bestrafen, noch eine Wirkung. Was nämlich die Bestrafung des Telephonmissbrauchs anbetrifft, so finden diese kantonalen Strafnormen keine Anwendung mehr.

294 Der Begriff des "Mutwillens" ist nur schwer fassbar. Vgl. den Umschreibungsversuch bei Zeder, a.a.O., S. 11.

295 Darunter fällt z. B. das blosse Aufsuchen einer öffentlichen Sprechstelle oder das Studium des Telephonverzeichnisses zum Zwecke eines belästigenden Anrufes.

296 Der Täter stellt eine Telephonnummer ein, hängt aber den Hörer wieder auf, bevor eine Verbindung zustandegekommen ist. Unvollendet ist der Versuch auch dann, wenn die eingestellte Telephonnummer bereits besetzt ist.

3. Da Art. 179[septies] als Übertretung ausgestaltet ist, wird der *Versuch*[297] *nicht bestraft.*

VII. Teilnahme

1. Während Mittäterschaft und Anstiftung[298] strafbar sind, bleibt die Gehilfenschaft straflos[299].

2. In der Praxis wird die Frage zu beantworten sein, ob als Anstifter zu bestrafen sei, wer in einer öffentlichen Sprechstelle eine Telephonnummer niederschreibt, mit dem Hinweis, die über diese Nummer erreichbare Abonnentin biete Gelegenheit zur Unzucht. Diese Frage ist differenziert zu beantworten.

a. Vertraut der durch eine solche Notiz zu einem Anruf Ermunterte auf die Unzuchtsgelegenheit, so erfüllt er die Tatbestandsmerkmale des Artikels 179[septies] nicht. Er ist lediglich strafloser Tatmittler, Werkzeug dessen, der die Notiz angebracht hat. Der mittelbare Täter wird sich nach Art. 179[septies] zu verantworten haben[300].

b. Weiss der Anrufende um die missbräuchliche Verwendung der eingestellten Telephonnummer – ist er beispielsweise bereits bei einem vorgängigen Anruf abgewiesen worden –, so ist sein Verhalten nach Art. 179[septies] zu würdigen. Ist er danach strafbar, so ist derjenige, auf dessen Angabe der missbräuchliche Telephonanruf zurückzuführen ist, als Anstifter zu bestrafen.

VIII. Kasuistik

1. Häufig sind Frauen und Kinder die Opfer anonymer Anrufe unsittlichen Inhalts[301].

2. Schikanösen und beschimpfenden Anrufen sind vor allem Personen des öffentlichen Lebens ausgesetzt.

3. Oft werden durch missbräuchliche Telephonanrufe Erpressungen und Drohungen verwirklicht. Eine anonyme Täterschaft fordert die Eltern eines entführten oder bereits ermordeten Kindes zur Zahlung eines Geldbetrages auf[302].

4. Der Täter telephoniert in ein Restaurant und lässt das Opfer während dessen Mahlzeit ans Telephon rufen. Bereits das schikanöse Ausrufenlassen erfüllt den Tat-

297 Vollendeter Versuch liegt beispielsweise vor, wenn der Angerufene nicht zu Hause ist, den Anruf also gar nicht wahrnimmt. Untauglich wäre ein Versuch dann, wenn ein Anruf von einer Sprechstelle aus erfolgte, die gar nicht in Betrieb ist.

298 Art. 102 StrGB, BGE 73 IV 254, 75 IV 189

299 StrGB 104

300 Es wird im Einzelfall zu untersuchen sein, ob Idealkonkurrenz mit einem Ehrverletzungsdelikt oder dem Tatbestand von Art. 210 StrGB gegeben ist.

301 Vgl. Höner, a.a.O., S. 272

302 Lang-Hinrichsen, a.a.O., S. 27

bestand. Auf den Inhalt der telephonisch durchgegebenen Mitteilung kommt es – sofern überhaupt eine solche erfolgt – nicht an. Es liegt überdies eine Belästigung der zum Zwecke des Ausrufens beanspruchten Person vor.

§ 19 Das Verhältnis des BG betr. VpG zu andern, einen teilweisen Schutz des persönlichen Geheimbereichs garantierenden Straftatbeständen und das Verhältnis der Artikel 179bis ff. StrGB untereinander

I. Das Verhältnis zu den Ehrverletzungsdelikten der Artikel 173/74 und 177 StrGB

1. Die Ehrverletzungsdelikte bieten keinen umfassenden Schutz gegen Eingriffe in den persönlichen Geheimbereich durch TBA[303]. Es sind zwar Fälle von *Idealkonkurrenz* zwischen den durch die Revision erfassten strafbaren Handlungen und den Ehrverletzungstatbeständen möglich. Vor allem die Verwertungshandlungen der Artikel 179bis, 179ter und 179quater können ehrverletzend wirken. So kann beispielsweise eine geschnittene Tonbandaufnahme den Inhalt einer Äusserung entstellen. Die Veröffentlichung einer Photographie kann einen Menschen moralisch disqualifizieren und somit die Voraussetzungen der üblen Nachrede oder der Verleumdung erfüllen.

Dies bedeutet nun aber keineswegs, dass jeder durch TBA erfolgende Eingriff in den persönlichen Geheimbereich zugleich auch eine Ehrverletzung darstellt. Wer seinen Gesprächspartner mittels eines Tonaufnahmegerätes heimlich bei dessen Äusserungen behaftet, verletzt dessen Ehre, d.h. den nach Art. 173 und 174 geschützten sozialen Geltungsanspruch nicht.

2. Ein wesentlicher Unterschied zwischen den Ehrverletzungsdelikten und den Delikten gegen den persönlichen Geheimbereich ergibt sich vor allem aus der verschiedenartigen Ausgestaltung der Schutzobjekte. Während die Artikel 173 ff. den Ruf, die Achtung und die gesellschaftliche Geltung eines Menschen schützen, garantiert das BG betr. VpG die Zurückgezogenheit der Person innerhalb bestimmter Lebensbereiche. Es beschlägt damit gewisse Aspekte des strafrechtlich nicht geschützten Ehrgefühls, der sog. "innern Ehre".

II. Das Verhältnis zum Schriftgeheimnis von Art. 179 StrGB

1. Die in der Literatur[304] verschiedentlich beanstandete Lückenhaftigkeit von Art. 179 StrGB kann auf Grund der Revision des dritten Titels als weitgehend behoben angesehen werden.

303 Vgl. § 3 II A, Ziff. 2 lit. b
304 Schreiber, a.a.O., S. 142 ff.; Ruckstuhl, a.a.O., S. 31 ff.

Wohl bleibt auch weiterhin das Lesen oder Abschreiben einer geöffneten oder überhaupt nicht verschlossenen Schrift straflos. Da sich sowohl verschlossene als auch geöffnete Schriften oder Sendungen auf Tatsachen im Sinne von Art. 179quater beziehen können[305], werden aber gewisse bisher durch Art. 179 nicht erfasste Verhaltensweisen in den strafrechtlichen Schutz von Art. 179quater einbezogen. Voraussetzung ist allerdings, dass die Schriften oder Sendungen den Geheimbereich oder den nicht jedermann ohne weiteres zugänglichen Teil des Privatbereichs einer Person betreffen. So bleibt das Photographieren und Veröffentlichen eines an die Öffentlichkeit gerichteten handschriftlichen Briefes straflos.

Das Durchleuchten einer verschlossenen Schrift stellt kein Öffnen[306] gemäss Art. 179 dar und blieb daher bisher straflos. Nach Art. 179quater macht sich jedoch strafbar, wer eine *verschlossene* Schrift oder Sendung durchleuchtet und deren Inhalt photographiert. Ebenso kann sich strafbar machen, wer eine *geöffnete* Schrift oder Sendung photographiert: Der Täter photographiert ein nicht zu seiner Kenntnisnahme bestimmtes Dokument, welches in einem Bureau, zu dem er Zutritt hat, offen daliegt. Oder der Täter photographiert ein geheimes Schreiben, das geöffnet in einem Behältnis liegt, das er vorgängig geöffnet hat[307].

2. Die Verwertung der in Verletzung von Art. 179quater Abs. 1 erlangten Kenntnisse betreffend den Inhalt einer Schrift oder Sendung ist nach Abs. 2 oder 3 dieser Bestimmung strafbar.

3. Die Revision behebt auch die sich auf Grund der Ausgestaltung von *Art. 57 PVG* als echtes Sonderdelikt ergebende Unvollständigkeit des Schutzes des persönlichen Geheimbereichs. Die nach Art. 57 PVG strafbaren Handlungen, welche mit Hilfe von TBA verwirklicht werden, kann man nun jedermann gegenüber nach Art. 179quater bestrafen.

III. Das Verhältnis zum Hausfriedensbruch

1. Der bisher durch Art. 186 StrGB gewährte Schutz des persönlichen Geheimbereichs erfährt durch die Artikel 179bis ff. eine wesentliche Erweiterung. Auf Grund der Revision kann nämlich nicht nur bestraft werden, wer *in Verletzung des Hausrechts* ein TBA anbringt und in Betrieb setzt[308], sondern es wird nun auch bestraft,

305 Jene Autoren, welche dem Öffnen das Durchleuchten gleichstellen, verstossen m. E. gegen das im Strafrecht bestehende Analogieverbot (so Ruckstuhl, a.a.O., S. 32 f. und Henkel, a.a.O., S. 134). Es ist der Meinung von Thormann / Overbeck, a.a.O., S. 170, zuzustimmen, wonach Art. 179 ein wirkliches Öffnen voraussetzt und ein blosses Hindurchleuchten oder ähnliche Manipulationen zur Erfüllung des Tatbestandes nicht genügen.

306 Die Bedeutung und der Sinn der Schriftzeichen beziehen sich auf Tatsachen, die einm der geschützten Bereiche angehören. Nicht aus Schriftzeichen bestehende Sendungen können jedoch selber Tatsachen darstellen (z. B. die geöffnete Sendung enthält eine Dokumentenmappe, welche dem Geheimbereich einer Person angehört).

307 Idealkonkurrenz zu Art. 186 und 145 möglich

308 Wer das Gerät nur installiert, ohne es in Betrieb zu setzen, kann höchstens wegen Hausfriedensbruchs bestraft werden.
Die Installation ist bezüglich des Straftatbestandes von Art. 179bis Abs. 1 lediglich als straflose Vorbereitungshandlung zu betrachten (vgl. dazu § 11 VI).

wer solche Geräte einsetzt, ohne die Tatbestandsmerkmale von Art. 186 zu erfüllen. So macht sich strafbar, wer als Zutrittsberechtigter in einem Bureau geheime Akten photographiert oder wer als Hausangestellter mit einem heimlich installierten Mikrophon seinen Arbeitgeber belauscht. Ferner wird auch bestraft, wer den persönlichen Geheimbereich einer Person durch TBA verletzt, ohne in die Räumlichkeiten einzudringen, auf die sich das Hausrecht erstreckt.

2. Die Tatbestände der Absätze 1 von Art. 179bis, 179ter und 179^{quater} können mit Art. 186 idealiter konkurrieren. Dieser Fall tritt z.B. ein, wenn der mit einem Tonaufnahmegerät ausgerüstete Reporter gegen den Willen einer prominenten Persönlichkeit in deren Haus eindringt und ein Gespräch aufnimmt, das sich dort zwischen dem Hausherrn und dessen Gästen abspielt (Idealkonkurrenz zwischen Art. 179bis Abs. 1 und Art. 186). Schaltet sich der Eindringling selbst in das Gespräch ein, indem er beispielsweise ein Interview herbeizuführen versucht, so besteht Idealkonkurrenz zwischen Art. 179ter Abs. 1 und Art. 186, wenn er die abweisenden Äusserungen der belästigten Person heimlich aufnimmt.

IV. Das Verhältnis zur Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses gemäss Art. 162 StrGB

Werden Verletzungen des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses mit Hilfe von TBA begangen, so besteht Idealkonkurrenz zwischen Art. 162 und Art. 179bis, 179ter oder 179^{quater}. Zwischen den durch die Revision erfassten Straftatbeständen und Art. 162 bestehen jedoch wesentliche Unterschiede:

Die Tatbestandsmerkmale von Art. 162 sind nur dann erfüllt, wenn der Vorsatz des Täters das Bewusstsein umfasst, dass es sich bei den fraglichen Tatsachen um *Geheimnisse* handelt. Eine solche Spezifizierung des Vorsatzes haben die Artikel 179bis ff. nicht erfahren. Art. 162 schützt also nur einen genau begrenzten Ausschnitt aus dem persönlichen Geheimbereich.

Nach Art. 162 kann sich nur strafbar machen, wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis, das er infolge *einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht bewahren sollte,* verrät oder sich den Verrat eines andern zunutze macht. Eine solche Begrenzung des Täterkreises erfolgt in den Artikeln 179bis ff. nicht.

V. Das Verhältnis zur Verletzung des Abstimmungs- und Wahlgeheimnisses von Art. 283 StrGB

Art. 283 StrGB schützt eine ganz bestimmte Betätigungsform des menschlichen Willens, die sich innerhalb des *Geheimbereichs* abspielt. Die Bestimmung spricht von "unrechtmässigem Vorgehen" und umfasst damit ein weites Feld strafbarer Begehungsformen. Dieser weiten Fassung entsprechend kann den Tatbestand von Art. 283 erfüllen, wer durch eine heimlich angebrachte Kamera jemanden in einer Situation photographiert, aus der hervorgeht, wie der Betreffende stimmt oder wählt (z.B. kann der Inhalt eines Wahlzettels, den der Beobachtete in der Hand hält, durch besondere

technische Vorkehren bildlich fixiert werden).

Erfolgt die Verletzung des Abstimmungs- oder Wahlgeheimnisses unter Zuhilfenahme von TBA, so besteht Idealkonkurrenz zwischen den Tatbeständen von Art. 283 und Art. 179bis, 179ter oder 179^{quater}.

VI. Das Verhältnis zur Verletzung des Amts- und des Berufsgeheimnisses der Artikel 320 und 321 StrGB

1. Sowohl die nach Art. 320 als auch die nach Art. 321 strafbaren Handlungen beziehen sich auf *Geheimnisse.* Geschützt ist also nur ein spezifisch enger Ausschnitt aus dem persönlichen Geheimbereich.

2. Da die Verletzung des Amts- und des Berufsgeheimnisses als echtes Sonderdelikt ausgestaltet ist, ergibt sich ein Unterschied zu den Straftatbeständen des BG betr. VpG auch bezüglich des Täterkreises.

3. Sowohl Verletzungen des Amts- als auch des Berufsgeheimnisses können idealiter mit den Tatbeständen der Artikel 179bis ff. konkurrieren. So besteht Idealkonkurrenz zwischen den Artikeln 179^{quater} und 320, wenn ein Beamter Vorstrafenregister verschiedener Bürger photographiert und diese Aufnahmen dem Agenten eines fremden Staates zukommenlässt[309].

Idealkonkurrenz zwischen den Artikeln 321 und 179ter liegt vor, wenn ein Rechtsanwalt die Aufnahme eines zwischen ihm und seinem Klienten geführten Gesprächs Dritten bekanntgibt.

VII. Das Verhältnis zum verbotenen politischen und wirtschaftlichen Nachrichtendienst der Artikel 272 und 273 StrGB

1. Sowohl der politische als auch der wirtschaftliche Nachrichtendienst kann Angriffe auf den persönlichen Geheimbereich natürlicher Personen beinhalten. Während sich die nach Art. 272 strafbaren Angriffe auf den gesamten durch die Artikel 179bis ff. umrissenen persönlichen Geheimbereich beziehen können, sind im Falle des wirtschaftlichen Nachrichtendienstes stets Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse betroffen.

2. Wer etwa den Geheimbereich einer Person des öffentlichen Lebens mit Ton- oder Bildaufnahmegeräten bespitzelt und die Aufnahmen dem Spionagedienst eines fremden Staates vermittelt, macht sich sowohl nach Art. 272 als auch nach Art. 179bis, 179ter oder 179^{quater} strafbar.

3. Idealkonkurrenz zwischen Art. 273 und 179^{quater} liegt vor, wenn der Täter streng geheime Fabrikationsvorgänge in einem Unternehmen filmt und die Aufnahmen ausländischen Agenten verschafft.

309 Es besteht u. U. zudem Idealkonkurrenz zu Artikel 272 StrGB.

VIII. Das Verhältnis zum TTVG

Im Vergleich zum TTVG bringt das BG betr. VpG eine bedeutende Verstärkung des Schutzes des persönlichen Geheimbereichs mit sich.

1. Die Aspekte des Persönlichkeitsschutzes treten in einem Fiskalgesetz, wie es das TTVG darstellt, in den Hintergrund.

2. Das TTVG erfasste nur die Verwendung ganz bestimmter in *Art. 42* abschliessend umschriebener Abhörgeräte. Die Revision erfasst einen wesentlich erweiterten Kreis von Geräten, schützt sie doch den persönlichen Geheimbereich gegen Eingriffe durch TBA schlechthin.

3. Das BG betr. VpG bestraft im Gegensatz zum TTVG bereits die Herstellung und andere Vorbereitungshandlungen. Der dadurch gewährte Schutz setzt also bedeutend früher ein als im TTVG.

4. Die Revision behebt auch die sich durch die Ausgestaltung des Artikels *39 TTVG* als echtes Sonderdelikt ergebende Unvollständigkeit des Schutzes des persönlichen Geheimbereichs.

5. Die Straftatbestände der Artikel 179bis, 179ter und 179^{quater} können mit Art. 42 TTVG dann idealiter konkurrieren, wenn der Täter bei durch das BG betr. VpG bestraften Handlungen solche Geräte verwendet, die bereits durch Art. 42 TTVG erfasst sind.

IX. Das Verhältnis der Revisionstatbestände untereinander

Es muss nun noch das gegenseitige Verhältnis der durch die Revision eingefügten Artikel beleuchtet werden. Die Artikel 179bis ff. können ja nicht nur mit verschiedensten den persönlichen Geheimbereich mehr oder weniger intensiv schützenden Straftatbeständen des StrGB und des Nebenstrafrechts konkurrieren, sondern es sind auch Konkurrenzfälle zwischen den Revisionstatbeständen selbst möglich.

So besteht Idealkonkurrenz zwischen Art. 179bis Abs. 1 und Art. 179^{quater} Abs. 1, wenn der Täter ein fremdes nichtöffentliches Gespräch aufnimmt und die sprechenden sich in ihrem Geheimbereich bewegenden Personen zugleich mit einer Kamera filmt, die mit dem Tonaufnahmegerät gekoppelt ist[310].

Idealkonkurrenz zwischen den Artikeln 179ter Abs. 2 und 179^{septies} ist gegeben, wenn sich ein anonymer Erpresser des Telephons bedient, um dem Erpressten eine in Verletzung von Art. 179ter Abs. 1 hergestellte Tonaufnahme abzuspielen[311].

310 Eine solche Koppelung erlaubt die Herstellung eines sog. "lippensynchronen" Tonfilms. Idealkonkurrenz besteht aber auch, wenn Ton- und Bildaufnahmen getrennt, aber gleichzeitig erfolgen. Erfolgt eine der beiden Aufnahmen erst in einem spätern Zeitpunkt (die Filmaufnahme soll zwar vertont werden, jedoch nicht "lippensynchron"), so besteht Realkonkurrenz zwischen den beiden Straftatbeständen.

311 Z. B. einem Ehemann, der ehebrecherische Beziehungen unterhält, wird die in Verletzung von Art. 179ter Abs. 1 entstandene Aufnahme eines Gesprächs zwischen ihm und seiner Freundin vorgespielt.

§ 20 Die Ausgestaltung der Bestimmungen des BG betr. VpG als Antragsdelikte

I. Die Problemstellung

1. Obwohl die Beantwortung der Frage, ob die Verletzungen des persönlichen Geheimbereichs durch TBA von Amtes wegen oder auf Antrag verfolgt werden sollen, recht heikel ist[312], sind der gesetzlichen Regelung gegenüber kaum Bedenken aufgekommen.

2. Die Schwere der durch das BG betr. VpG erfassten Taten und die Bedeutung des in Frage stehenden Rechtsgutes hätten ohne weiteres eine Ausgestaltung der Art. 179bis ff. StrGB als Offizialdelikte gerechtfertigt. Ausserdem muss zu bedenken gegeben werden, dass sich der in seinem persönlichen Geheimbereich Verletzte infolge eines Abhängigkeitsverhältnisses vom Täter nicht selten in seiner Handlungs- und Entschlussfreiheit gehemmt fühlt[313].

3. Trotz dieser Argumente ist die Ausgestaltung der Artikel 179bis, 179ter, 179^{quater} und 179^{septies} als Antragsdelikte zu befürworten.

Verletzungen des persönlichen Geheimbereichs – sie betreffen vielfach höchstpersönliche Belange – werden im allgemeinen nicht gerne vor den Richter und schon gar nicht vor die Gerichtsöffentlichkeit gebracht[314]. Stehen sich Täter und Opfer überdies nahe, wird das Bedürfnis nach Ahndung des Eingriffs meistens auf Grund gesellschaftlicher Beziehungen verdrängt.

Würden Eingriffe in den persönlichen Geheimbereich von Amtes wegen verfolgt, müssten Angelegenheiten aus dem intimsten Bereich durch die Strafverfolgungsbehörden gegen den Willen des Betroffenen untersucht und die rechtswidrig wahrgenommenen Tatsachen an der öffentlichen Hauptverhandlung zudem noch einer breiten Öffentlichkeit bekannt gemacht werden[315]. Ein solcher strafrechtlicher Schutz könnte sich für den Verletzten leicht nachteiliger auswirken, als wenn er über den Eingriff hinweggeht. Wird die Verfolgung jedoch nur auf Antrag hin aufgenommen, so kann er selber entscheiden, ob er sich damit abfinden will, dass die Öffentlichkeit von den Tatsachen aus seinem Privat- oder Geheimbereich Kenntnis erlangt. Diese Interessenlage des durch einen Eingriff Betroffenen ist allein durch die *Beachtung seines Willens* zu wahren.

Auch schwerste Eingriffe sollen nur auf Antrag verfolgt werden, geht es doch gerade hier meist um Tatsachen, an deren Nichtveröffentlichung ein eminentes Interesse besteht.

Ein öffentliches Interesse an der Verfolgung von Verletzungen des persönlichen Geheimbereichs kann m.E., von der Natur des geschützten Rechtsgutes her betrachtet, gar nicht bestehen. Daher ist auch der Vorschlag Roesslers[316] unbeachtlich, wo-

312 Schultz, Gutachten, S. 18
313 Henkel, a.a.O., S. 139. Aus diesem Sachverhalt kann jedoch m. E. kein nach Henkel "erhebliches Interesse der Allgemeinheit an der Strafverfolgung" abgeleitet werden.
314 Jäggi, a.a.O., S. 142 a
315 Schultz, Gutachten, S. 18 f.
316 A.a.O., S. 176

nach die Strafverfolgung von Amtes wegen aufzunehmen sei, sobald die Strafverfolgungsbehörde ein öffentliches Interesse an der Ahndung eines Eingriffs feststelle.

4. Diese Ausführungen finden keine Anwendung auf die nach Art. 179sexies StrGB strafbaren Vorbereitungshandlungen. Diese können ja – wie bereits festgestellt wurde[317] – überhaupt nur erfolgreich bekämpft werden, wenn gegen sie von Amtes wegen eingeschritten wird.

Kollisionen mit dem Antragsrecht sind dabei keineswegs ausgeschlossen. Sie sind durch die Zurückhaltung von seiten der Strafverfolgungsbehörden zu vermeiden. Stehen nämlich durch Art. 179sexies strafbar erklärte Handlungen zur Diskussion, so braucht nicht ex officio geklärt zu werden, was im Einzelfall abgehört, beobachtet oder aufgenommen wurde.

II. Die Antragsberechtigung

Was die Legitimation zur Antragsstellung betrifft, so kann auf die gesetzliche Regelung von Art. 28 StrGB und die entsprechende Praxis verwiesen werden. An dieser Stelle soll lediglich auf zwei Problemkreise eingegangen werden, in denen im Falle der Verletzung des persönlichen Geheimbereichs die Antragsberechtigung zur Diskussion steht.

1. Wer ist antragsberechtigt, wenn die durch TBA erfolgten Eingriffe sich auf einen Sterbenden oder Toten beziehen? Der Beantwortung dieser Frage ist die folgende Differenzierung zugrunde zu legen:

a. *Der Verletzte erlebt die Tat.* Er stirbt ohne Strafantrag gestellt oder ausdrücklich auf einen solchen verzichtet zu haben. Ein Sterbender wird beispielsweise gegen seinen Willen auf seinem Sterbebett photographiert oder die mit seinem Ableben verbundenen Äusserungen werden auf einen Tonträger aufgenommen. Gemäss Art. 28 Abs. 4 StrGB geht in diesem Fall das Antragsrecht auf jeden einzelnen Angehörigen[318] über.

b. Die vom Eingriff *betroffene Person ist zur Zeit der Tat bereits tot.* Der in einem Privathaus aufgebahrte Leichnam wird gegen den Willen der Angehörigen photographiert. In diesem Fall findet Art. 28 Abs. 4 keine Anwendung, da die Bestimmung voraussetzt, der Tod des Verletzten sei nach der Tat eingetreten.

In der Literatur wird allgemein ein Schutz des Pietätsgefühls[319] von Angehörigen angestrebt. Wenn schon auf Grund von Art. 28 Abs. 4 StrGB kein strafrechtlicher Schutz zu verwirklichen ist, so fragt es sich, ob ein solcher nicht durch Art. 28 Abs. 1 StrGB bewirkt werden kann. Dies ist nur dann zu bejahen, wenn der mit einem Bildaufnahmegerät erfolgte Eingriff, der sich auf den Toten bezieht, zugleich eine Verletzung des persönlichen Geheimbereichs von Angehörigen darstellt. In all diesen Fällen sind tatsächlich auch die Angehörigen durch die Tat *unmittelbar verletzt* und

317 Vgl. § 17 I

318 Der Kreis der antragsberechtigten Angehörigen bestimmt sich nach Art. 110 Ziff. 2 StrGB.

319 Vgl. Henkel, a.a.O., S. 138; Bussmann, a.a.O., S. 64; Grawehr, a.a.O., S. 44; Hubmann, a.a.O., S. 245 ff.

daher aus Art. 28 Abs. 1 StrGB antragsberechtigt. Wenn die durch ein Bildaufnahmegerät bewirkten Indiskretionshandlungen zugleich den persönlichen Geheimbereich einer verstorbenen Person und ihrer Hinterbliebenen betreffen[320], schützt die verletzte Strafnorm die Rechtsgüter mehrerer Personen[321].

2. Wer nimmt die Interessen der juristischen Person im Falle der Verletzung ihres persönlichen Geheimbereichs wahr?

Dieser Fragestellung liegt die Annahme zugrunde, auch die juristische Person geniesse den durch die Artikel 179bis ff. gewährten strafrechtlichen Schutz. Zwar kommt der juristischen Person als einer "Mehrheit von Menschen, welche durch eine Organisation zu einer Einheit zusammengefasst werden und als solche in Erscheinung treten"[322], keine Menschenwürde zu[323]; längst wird ihr jedoch ein Persönlichkeitsschutz zugestanden[324]. So haben Rechtsprechung und Lehre anerkannt, dass die juristische Person gewisser äusserer sozialer Rechtsgüter – so der Geheimsphäre – teilhaftig sein kann[325] und in der Lage ist, die zum Schutze dieser Rechtsgüter durch das Strafrecht gewährten Rechtsbehelfe in Anspruch zu nehmen[326].

Die Interessen, die es hinsichtlich des Persönlichkeitsschutzes zu wahren gilt, werden durch die auf Grund der Organisation zuständigen Organe[327] wahrgenommen. Durch sie wird denn auch ein Strafantrag einzureichen sein.

Kommt einer Personenmehrheit – so etwa einem Verein im Sinne von Art. 62 ZGB – die juristische Persönlichkeit nicht zu, so ist Strafantrag von einer durch Beschluss der Mitglieder zu wählenden Person (Präsident, Direktor) einzureichen[328].

Durch eine strafbare Handlung können nicht nur die Interessen der juristischen Person sondern auch jene einzelner ihr angehörender natürlicher Personen verletzt werden. Man denke an den Fall, in dem Verhandlungen des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft durch heimlich angebrachte Ton- oder Bildaufnahmegeräte überwacht werden. Wenn dadurch streng geheim gehaltene Tatsachen an die Öffentlichkeit gelangen, werden einerseits die Rechte der juristischen Person verletzt, anderseits kann aber auch der einzelne sich im belauschten oder beobachteten Gremium zu Wort gekommene oder nur anwesende Verwaltungsrat in seinem persönlichen Geheimbereich verletzt und aus Art. 179bis, 179ter oder 179quater antragsberechtigt sein.

320 Die photographische Fixierung eines Leichnams kann eine Verletzung des persönlichen Geheimbereichs der Angehörigen darstellen, wenn der tote Körper in einer dem persönlichen Geheimbereich der Angehörigen zuzuordnenden Umgebung (z. B. in einem nur der Trauerfamilie zugänglichen Raum) photographiert wird.

321 Aus solchen Überlegungen heraus hat das Bundesgericht entschieden, dass die Eltern, welche ihr minderjähriges Kind ärztlich behandeln lassen, nach Art. 321 StrGB zum Strafantrag berechtigt sind, selbst wenn der Arzt das Berufsgeheimnis erst nach dem Tode des Kindes bricht (BGE 87 IV 105 ff.). Vgl. dazu Schultz, Rechtsprechung des Bundesgerichts in Strafsachen im Jahre 1961, S. 48.

322 Riesen, a.a.O., S. 20

323 Jäggi, a.a.O., S. 217 a

324 Bär, a.a.O., S. 100; Müller, a.a.O., S. 69; Rieşen, a.a.O., S. 21; Giesker, a.a.O., S. 20; Gutachten des Max-Planck-Instituts, S. 76; Hubmann, a.a.O., S. 244 f.

325 ZBJV 71 (1935), S. 286 f.

326 Grawehr, a.a.O., S. 42 f.

327 Schwander, a.a.O., S. 225; Grawehr, a.a.O., S. 43

328 Grawehr, a.a.O., S. 43

§ 21 Strafmass und Verjährung

I. Der Wert des persönlichen Geheimbereichs im Vergleich zu andern Rechtsgütern

Der Wert eines strafrechtlich geschützten Rechtsgutes schlägt sich in der Ausgestaltung der Strafdrohung nieder. Ein Vergleich der verschiedenen Strafdrohungen zeitigt zwar keine eindeutige Rangordnung unter den Rechtsgütern. Er lässt jedoch erkennen, dass lediglich das Leben, die geistige und körperliche Unversehrtheit, das Identitätsinteresse[329] und die Entscheidungsfreiheit des Menschen durch das StrGB höher bewertet werden[330] als der persönliche Geheimbereich.

II. Die Ausgestaltung der Strafdrohungen

1. Die durch das BG betr. VpG bestraften Handlungen sind – ausgenommen der Telephonmissbrauch – mit "Gefängnis oder Busse"[331] bedroht. Diese relativ hohe Strafdrohung hat präventiven Charakter und rechtfertigt sich der Bedeutung des geschützten Rechtsgutes wegen durchaus.

2. In Anbetracht dieser Strafdrohung erübrigt es sich, besonders schwere Fälle von Verletzungen des persönlichen Geheimbereichs hervorzuheben. Eine solche im Deutschen Recht[332] und in der Literatur[333] verfochtene Qualifizierung ist nicht angebracht, weil der vorgesehene Strafrahmen ja weit genug ist, um auch schwerste Fälle empfindlich zu bestrafen[334]. Im übrigen dienen ja die Straftatbestände des BG betr. VpG ganz allgemein der Erfassung von an und für sich schwereren Eingriffen in den persönlichen Geheimbereich. Eine zusätzliche Qualifizierung gewisser Sachverhalte erübrigt sich also.

III. Die Verjährung

1. Die Verfolgungsverjährung:

a. Die sich nach der Höhe der angedrohten Strafen richtende Verfolgungsverjährung beträgt für die durch die Artikel 179bis, 179ter, 179^{quater} und 179^{sexies} erfassten

329 Vgl. Art. 216 StrGB

330 Hotz, a.a.O., S. 44. Seine Feststellung, das Rechtsgut der Ehre werde höher bewertet, als dasjenige der Geheimsphäre, verliert auf Grund der Revision ihre Berechtigung. Lediglich der Ehrenschutz des Artikels 174 StrGB ist dem durch die Artikel 179bis ff. gewährten Schutz gleichgestellt. Im übrigen ist der Schutz des persönlichen Geheimbereichs heute stärker ausgestaltet.

331 Einzig die Strafdrohung von Art. 179ter sieht eine Höchststrafe von einem Jahr Gefängnis vor (vgl. § 13 I).

332 § 298 Dt. StGB

333 Roessler, a.a.O., S. 176

334 Schultz, Gutachten, S. 26

Straftaten fünf Jahre (Art. 70 Abs. 3 StrGB). Der als Übertretung ausgestaltete Telephonmissbrauch verjährt in einem Jahr (Art. 109 StrGB).

b. Die absolute Verjährungsfrist beträgt 7 1/2 Jahre für die Straftaten der Art. 179^{bis}, 179^{ter}, 179^{quater} und 179^{sexies}, bzw. zwei Jahre für die nach Art. $179^{septies}$ strafbaren Handlungen (Art. 72 Ziff. 2 Abs. 2 StrGB).

2. Die Vollstreckungsverjährung:

a. Die nach der Höhe der ausgesprochenen Strafen abgestuften Fristen betragen für die als Vergehen ausgestalteten Straftaten der Art. 179^{bis}, 179^{quater} und 179^{sexies} zehn Jahre, wenn das Urteil auf mehr als ein Jahr Gefängnis lautet. Geht es jedoch auf weniger als ein Jahr, oder, wie im Falle der Verletzung des Artikels 179^{ter}, höchstens auf ein Jahr Gefängnis, so beläuft sich die Frist auf fünf Jahre (Art. 73 Ziff. 1 StrGB). Für die Übertretung des Artikels $179^{septies}$ gilt eine Frist von zwei Jahren (Art. 109 StrGB).

b. Der Strafanspruch verjährt bei den Vergehen absolut, wenn die ordentliche Verjährungsfrist um die Hälfte überschritten ist (Art. 75 Ziff. 2 Abs. 2).

§ 22 Die Verwertung der durch TBA rechtswidrig erlangten Beweismittel im Prozess

Im Strafprozess

I. Allgemeines

1. Der Beantwortung der Frage, ob und wieweit die durch TBA rechtswidrig erlangten Beweismittel im Strafprozess verwendet werden können, muss eine differenzierte Betrachtung dieser Beweismittel an und für sich vorausgehen.

2. Im Anschluss an die Problemkreise, die es hinsichtlich der strafprozessualen Verwertbarkeit von rechtswidrig erlangten Beweismitteln zu erörtern gilt, ist die Frage nach der Verantwortlichkeit jener Personen zu beantworten, die auf rechtswidrige Weise ein solches Beweismittel erlangt haben[335].

II. Arten rechtswidrig erlangter Beweismittel

1. Die durch *Private* erlangten Beweismittel (aussergerichtliche Beweismittel)[336]:

Ob ein Beweismittel in concreto rechtswidrig erlangt wurde, entscheidet sich auf Grund des materiellen Strafrechts. Es scheiden also von vornherein alle Beweismittel aus, die nicht in Verletzung der Artikel 179^{bis} ff. zustandegekommen sind.

335 Auf die Notwendigkeit der gesonderten Betrachtung dieser beiden Fragenkomplexe weist vor allem Walder hin (Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess, S. 39).

336 Walder, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess, S. 42

2. Die durch *Strafverfolgungsbehörden* erlangten Beweismittel (gerichtliche Beweismittel[337]):

Weit schwieriger dürfte die Frage zu beantworten sein, ob ein im Verlaufe einer Strafuntersuchung durch TBA erlangtes Beweismittel rechtswidrig sei, denn sowohl der Bundesstrafprozess als auch die kantonalen Strafprozessordnungen schweigen sich über die Verwendung solcher Geräte im Strafverfahren aus. Die Schaffung einschlägiger gesetzlicher Grundlagen muss daher als ein dringendes Postulat bezeichnet werden.

Ein umfangreiches Schrifttum[338] beschäftigt sich denn auch mit der Frage, ob die Strafverfolgungsorgane berechtigt seien, während eines Strafverfahrens heimliche[339] Tonbandaufnahmen herzustellen. Die Frage muss beim heutigen Stand der Gesetzgebung vor allem unter dem Gesichtspunkt der Verletzung allgemeiner Verfahrensgrundsätze betrachtet werden. Die Strafprozessordnungen enthalten durchwegs Bestimmungen, die dem Untersuchungsbeamten bei der Abhörung des Angeschuldigten die Anwendung von Zwang, Drohung, Versprechungen, falschen Vorspiegelungen und verfänglichen Fragen untersagen[340]. Die Verwendung heimlich installierter Tonaufnahmegeräte durch die Strafverfolgungsbehörden widerspricht m. E. solchen Verfahrensgrundsätzen.

So ist dem in der Literatur des In- und Auslandes heftig diskutierten Entscheid des Berner Obergerichts vom 21.2.49, welcher das erstinstanzliche Urteil des Berner Amtsgerichts kassierte, durchaus zuzustimmen:

Ein Untersuchungsrichter liess einen Dieb und einen Hehler für kurze Zeit in seinem Bureau allein, wo ein belastendes Gespräch zwischen den beiden mittels eines geheimen Mikrophons aufgenommen wurde. Das Obergericht sah im Verhalten des Untersuchungsrichters ein täuschendes Mittel und wertete es als Verstoss gegen die Artikel 106 und 91 der bernischen Strafprozessordnung. Das Verlassen des Zimmers stellt m. E. in der Tat eine Täuschungshandlung des Untersuchungsrichters dar. Ohne sie hätten sich die Angeschuldigten, die sich im Vertrauen auf die Abwesenheit des Untersuchungsbeamten unterhielten, nicht in jener Weise geäussert, die ihre Überführung gestattete. Der Untersuchungsrichter entfernte sich in der Hoffnung, die Delinquenten möchten Äusserungen von sich geben, die sie ihm vorenthielten. Sonst hätte er ja das Tonaufnahmegerät gar nicht einzuschalten brauchen[341].

Von einer Täuschung ist aber schlechthin jedes heimliche Fixieren von Äusserungen der Vernommenen gekennzeichnet. In vielen Fällen würde sich der Befragte näm-

337 Walder, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess, S. 42

338 Pfenninger, Tonband im schweizerischen Strafverfahren, S. 281 ff.; Pfenninger, L'emploi du microphone dans la procédure pénale, S. 3 ff.; Graven, a.a.O., S. 369 ff.; Lang-Hinrichsen, a.a.O., S. 35 f.; Aeppli, Das Tonband im Strafverfahren, S. 224 ff.; Lang, a.a.O., S. 73 ff.; Roggemann, a.a.O., S. 109 ff.; Schulz, a.a.O., S. 1 ff.; Heimerich, a.a.O., S. 249 ff.; Siegert, a.a.O., S. 63 ff.; Mönkehaus, a.a.O., S. 91 ff. Vgl. ferner die ausgedehnten Diskussionen in Weinheimer Tagung, S. 30 ff.

339 Die behördliche Tonbandaufnahme mit Wissen des Einvernommenen wird allgemein, selbst von den Gegnern des Tonbandes, als zulässig betrachtet (vgl. Aeppli, Das Tonband im Strafverfahren, S. 219).

340 BStP Art. 41 und die kantonalen Strafprozessordnungen: z. B. Zürich § 154, Bern Art. 106, Basel-Stadt § 27, St. Gallen Art. 63

341 Lang, a.a.O., S. 122

lich in einer andern Weise äussern, wenn er um die Aufzeichnung wüsste. Damit ist seine Willensentschliessung beeinträchtigt. Dies trifft erst recht dann zu, wenn trotz einer zu Beginn der Vernehmung von seiten des Untersuchungsbeamten abgegebenen Versicherung, das Gespräch werde nicht auf Band überspielt, eine heimliche Aufnahme erfolgt[342]. Solange die heimliche Tonbandaufnahme im Rahmen von Strafverfolgungen nicht üblich ist — nur eine gesetzliche Regelung würde ihr zur nötigen Durchschlagskraft verhelfen —, darf der Bürger annehmen, dass seine Äusserungen nicht in dieser Weise fixiert werden. Wenn kantonale Strafprozessordnungen mitunter sogar die durch Untersuchungsorgane herzustellenden photographischen Aufnahmen der Person des Angeschuldigten, die Abnahme seiner Fingerabdrücke und ähnliche Massnahmen vom Vorliegen genauer gesetzlicher Voraussetzungen abhängig machen[343], so dürfte es kaum zulässig sein, viel schwerwiegendere Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre — einen solchen stellt die heimliche Tonaufnahme ohne Zweifel dar — ohne jegliche gesetzliche Grundlage vorzunehmen.

Es soll keineswegs in Abrede gestellt werden, dass Tonaufnahmegeräte wirksame und zuverlässige Hilfsmittel der Verbrechensbekämpfung sind[344]. So dürfte sich gerade die Tonbandaufnahme für die Einvernahme von Kindern bestens eignen[345]. Solange die Verwendung dieser Geräte jedoch nicht an strenge gesetzliche Voraussetzungen geknüpft ist, liegt die Gefahr des Missbrauchs nahe. Sind die gesetzlichen Grundlagen einmal geschaffen, so dürfte es sicher zweckmässig sein, wie dies Pfenninger vorschlägt[346], Vernehmungen auf Tonband aufzunehmen.

Unsere Aufmerksamkeit galt bisher — wie die Diskussion im Verlaufe der letzten Jahre — vorwiegend dem Tonband im Verfahrensrecht. Die gewonnenen Erkenntnisse gelten jedoch in gleichem Masse auch für die heimlich gemachten Bildaufnahmen.

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass sich nicht auf gesetzliche Grundlagen stützende heimliche Ton- und Bildaufnahmen von seiten der Strafverfolgungsbehörden rechtswidrig sind.

III. Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess

1. Steht im Einzelfall einmal fest, dass ein mittels Ton- oder Bildaufnahmegerät hergestelltes Beweismittel auf rechtswidrige Art und Weise erlangt wurde[347], so fragt

342 Walder, Die Vernehmung des Beschuldigten, S. 189, spricht sich gegen solche "Hörfallen" aus.

343 Vgl. die Strafprozessordnungen der Kantone Bern (Art. 107) und St. Gallen (Art. 115). Meyer, a.a.O., S. 223 ff.

344 Pfenninger, Das Tonband im schweizerischen Strafverfahren, S. 281

345 Vgl. Aeppli, Das Tonband im Strafverfahren, S. 227; Aeppli, Tonaufnahmen von Verhören statt Protokollierung, S. 173; Becker, a.a.O., S. 136. Die Ansicht Aepplis (Das Tonband im Strafverfahren, S. 227), heimliche Tonbandaufnahmen durch Behörden in Amtsräumen seien zulässig, sie sollten jedoch nicht in Bagatellfällen angewendet werden, ist mit dem hier vertretenen Standpunkt jedoch nicht vereinbar. Im übrigen schafft der Vorschlag für die Praxis kaum brauchbare Kriterien.

346 L'emploi du microphone dans la procédure pénale, S. 6

347 Vgl. die Feststellung Walders, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess, S. 41, wonach in der Regel nicht das Beweismittel als solches, sondern die rechtswidrige Art und Weise des Erlangens die Verwertung ausschliesst.

es sich, ob seine Verwertung im Strafprozess von vornherein ausgeschlossen sei. Die wissenschaftliche Diskussion über die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel wurde lange von der Auseinandersetzung um die Frage der Zulässigkeit heimlicher Tonbandaufnahmen im Strafverfahren verdrängt. Erst in jüngerer Zeit wurden die Probleme der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel eingehender diskutiert[348]. Bisher liessen sich jedoch keine endgültigen Resultate gewinnen. Es soll hier deshalb lediglich auf einige wesentliche Gesichtspunkte hingewiesen werden, welche in der Praxis den Entscheid über Verwertbarkeit oder Unverwertbarkeit eines durch den Einsatz von Ton- oder Bildaufnahmegeräten rechtswidrig hergestellten Beweismittels beeinflussen sollten.

2. Es ist davon auszugehen, dass sowohl Ton- als auch Bildaufnahmen *taugliche Beweismittel* darstellen[349]. Es handelt sich jedoch um Beweismittel sui generis, da sie sich nicht ohne weiteres unter die in den Strafprozessordnungen keineswegs abschliessend aufgezählten Beweismittel einordnen lassen. Während Tonaufnahmen dem Urkundenbeweis nahestehen, sind Bildaufnahmen am ehesten mit dem Augenscheinbeweis verwandt[350].

Die Frage, ob Ton- und Bildaufnahmen *als Beweismittel zulässig* seien, ist für jede Strafprozessordnung zu bejahen, welche dem Prinzip der freien Beweiswürdigung folgt[351].

3. Zahlreiche Autoren lehnen nun aber die Verwendung einer heimlich erlangten Tonaufnahme, d. h. eines rechtswidrig erlangten Beweismittels, generell ab[352]. Einem allgemeinen Grundsatz, wonach rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess in keiner Weise verwendet werden dürfen, können wir uns jedoch nicht verpflichten. Ein solcher Grundsatz kann, wie Sendler[353] erkannt hat, aus dem Strafverfahrensrecht nicht abgeleitet werden.

Verschiedentlich[354] wurde versucht, die These, rechtswidrig erlangte Beweismittel seien unverwertbar, auf Grund der funktionalen Verschiedenheit von materiellem Recht und Prozessrecht zu entkräften. So macht Lang[355] geltend, das materielle

348 In der Schweizerischen Strafprozesslehre hat sich vor allem Walder (vgl. Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess) eingehend mit diesen Problemen auseinandergesetzt. Für die in der ausländischen Literatur bezogenen Standpunkte vgl. vor allem Sendler. Ferner Lang, a.a.O., S. 85 ff.; Roggemann, a.a.O., S. 95 ff.; Kohlhaas, a.a.O., S. 81 ff.

349 Der Einwand, das Tonband könne allzu leicht verfälscht werden, trifft nicht zu. Der Fälschungseinwand könnte grundsätzlich bei jedem Untersuchungssubstrat erhoben werden. Im übrigen ist es kaum leichter, die individuelle Tonfarbe eines Sprechenden nachzuahmen, als ein Protokoll zu fälschen (Aeppli, Tonaufnahmen von Verhören statt Protokollierung, S. 174).

350 Diese Feststellung ist jedoch in der Literatur keineswegs unbestritten: vgl. die Würdigung verschiedenster Einordnungsversuche bei Lang, a.a.O., S. 86 ff. und Roggemann, a.a.O., S. 5 ff.

351 Schultz, Bemerkungen zu einem Urteil der 1. Strafkammer des Bernischen Appellationshofes vom 12.4.61, ZBJV 98 (1962), S. 137

352 Vgl. die Übersichten bei Kohlhaas, a.a.O., S. 81 und Lang, a.a.O., S. 123. Diese Bestrebungen gipfelten in der durch die Weinheimer Tagung gefassten Resolution, die sich grundsätzlich gegen die Verwendung rechtswidrig erlangter Tonbandaufnahmen im Strafprozess aussprach (vgl. Weinheimer Tagung, S. 98).

353 A.a.O., S. 76 und 100

Recht umschreibe den Raum, in welchem das Individuum sich im Einklang mit der Rechtsordnung entfalten könne. Während materielles Recht das tägliche Leben in seinen Erscheinungsformen regle, befasse sich das Prozessrecht ausschliesslich mit den Verfahrensregeln, die im Falle von Rechtsverletzungen zu beachten seien. Es handle sich, so meint Lang, "um getrennte Rechtskreise, die zwar insoweit aufeinander zugeordnet sind, als sie in ein und derselben Rechtsordnung eine unerlässliche Funktion erfüllen, die aber in der jeweiligen Bewertung bestimmter Vorgänge zunächst einmal unabhängig voneinander sind". Diese auf dem funktionellen Wesen des Prozessrechtes basierenden Überlegungen begründen keineswegs – wie Roggemann[356] annimmt – lediglich die Beweismittelqualität eines Gegenstandes. Sie bringen vielmehr nur den elementaren Grundsatz zum Ausdruck, dass ein materiellrechtliches Unwerturteil den Entscheid darüber, ob ein rechtswidrig erlangtes Beweismittel im Prozess verwendet werden könne, überhaupt nicht präjudiziert. Damit wird nun aber nicht mehr ausgesagt, als sich auch auf Grund des Prinzips der freien Beweiswürdigung ergibt. Gerade die von Lang aufgestellte Behauptung, die im Rahmen des Prozessrechtes erfolgende Beurteilung gewisser Vorgänge sei unabhängig von materiellrechtlichen Überlegungen, steht der Feststellung, ob ein rechtswidrig erlangtes Beweismittel in einem Strafprozess verwendet werden dürfe oder nicht, im Wege. Einmal erfolgt ja schon die Bewertung eines Beweismittels in concreto gestützt auf materiellrechtliche Normen. Ferner wird sich gerade die Frage, ob ein rechtswidrig erlangtes Beweismittel im Einzelfall verwendet werden dürfe oder nicht, nur in Anlehnung an materiellrechtliche Grundsätze beantworten lassen. Wir gehen nämlich mit Walder[357] davon aus, dass *fallweise* abzuklären ist, ob die durch Verwendung eines rechtswidrig erlangten Beweismittels erfolgende Rechtsverletzung so schwerwiegend ist, dass das Beweismittel unverwertbar bleiben soll. Gerade die Eruierung der einem Angeschuldigten durch die Verwendung eines solchen Beweismittels erwachsenden Rechtsverletzungen bedarf der Orientierung an materiellrechtlichen Grundsätzen. Nur an ihnen kann der effektive Umfang einer Rechtsverletzung gemessen werden.

4. Der fallweise vorzunehmenden Abwägung, wie weit die mit der Verwendung rechtswidrig erlangter Beweismittel verbundenen Rechtsverletzungen im Interesse der materiellen Wahrheitsfindung hinzunehmen sind, ist folgende Differenzierung zugrundezulegen:

a. Durch *Private* rechtswidrig erlangte Beweismittel:

Die von Privaten durch den Einsatz von TBA beschafften Beweise sind im Strafprozess dann verwertbar, wenn der in den persönlichen Geheimbereich einer Person Eingreifende in einem *Beweisnotstand* gehandelt hat[358].

Im Zusammenhang mit einem pendenten Scheidungsverfahren kommt es zu einer Strafuntersuchung wegen falschen Zeugnisses. Der angeschuldigte Ehemann stellt in Abrede, ehebrecherische Beziehungen zu einer gemeinsam Bekannten unterhalten zu haben. Auch diese Bekannte bestreitet als Zeugin ein solches Verhältnis. Die Ehefrau legt nun durch sie aufgenommene Tonbänder von Gesprächen vor, aus denen hervorgeht, dass ein ehebrecherisches Verhältnis besteht. Auf Grund dieses Beweises beque-

354 Vgl. die Übersicht bei Roggemann, a.a.O., S. 95
355 A.a.O., S. 124
356 A.a.O., S. 95
357 Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess, S. 58 f.
358 Walder, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess, S. 48

men sich Ehemann und Zeugin zu einem Geständnis.

Beweisnotstand kann in diesem Fall genauso angenommen werden, wie, wenn ein Gatte ein Gespräch mit seinem Ehepartner aufnimmt, welcher die unbestrittene Absicht äussert, die unter vier Augen gefallene Äusserung vor Gericht abstreiten zu wollen[359]. Die Tonbandaufnahmen stellen hier relativ geringfügige, ohne weiteres zu duldende Eingriffe in den persönlichen Geheimbereich dar, gemessen am Unrecht, das den Aufnehmenden erwüchse, wenn sie nicht über die betreffenden Beweismittel verfügen würden.

Unzulässige Vorbereitungen der Beweisführung trifft jedoch jener Ehemann, der verschiedene eheliche Auseinandersetzungen heimlich auf Tonband aufnimmt, ohne irgendwelche Anhaltspunkte zu haben, dass seine Frau die im Streitgespräch gefallenen Äusserungen vor Gericht abstreiten werde. Ein Beweisnotstand ist hier nicht zuzubilligen[360].

b. Durch *Strafverfolgungsbehörden* rechtswidrig erlangte Beweismittel:

Die in Verletzung wichtiger Verfahrensgrundsätze zustandegekommenen gerichtlichen Beweismittel sind *unverwertbar.*

So ist die oben[361] erwähnte Aufnahme eines sich zwischen zwei im Verhörraum allein gelassenen Tatverdächtigen abspielenden Gesprächs unverwertbar, stellt sie doch ein in Verletzung eines wichtigen Verfahrensprinzips zustandegekommenes Beweismittel dar. Dem Berner Obergericht, das sich gegen solche Methoden der Vernehmung und gegen die Verwendung der betreffenden Aufnahme als Beweismittel aussprach, ist also zuzustimmen[362].

Hätte aber die Auswertung dieses Wissens, welches das prozessual unverwertbare Beweismittel der heimlichen Tonaufnahme gebracht hat, zu einem neuen Beweismittel geführt, das an sich hätte unerlaubt erhoben werden können (Hausdurchsuchung, Beschlagnahme von Aufzeichnungen), so wäre dagegen nichts einzuwenden gewesen[363].

Diese Lösung mag insofern unbefriedigend erscheinen, als sie zu Befürchtungen Anlass geben kann, die Strafverfolgungsbehörden könnten dadurch zu rechtswidriger Beschaffung von Beweismitteln ermutigt werden. Solche Bedenken sind jedoch auf Grund der strafrechtlichen und disziplinarischen Verantwortlichkeit, der ein Beamter unterstellt ist, nicht am Platz.

359 Vgl. Hotz, a.a.O., S. 56; Walder, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess, S. 48

360 Es besteht in einem solchen Fall vor allem die Gefahr, dass der Aufnehmende die Diskussion so zu beeinflussen versteht, dass der Aufgenommene in ein möglichst schlechtes Licht gestellt wird. Es werden beispielsweise Themen angeschnitten, die den Gesprächspartner üblicherweise verstimmen.

361 II Ziff. 2

362 Der Kritik Pfenningers, Das Tonband im schweizerischen Strafverfahren, S. 282 f. bezüglich dieser Feststellung können wir uns nicht anschliessen.

363 Vgl. Walder, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess, S. 47

IV. Die Verantwortlichkeit der Personen, welche auf rechtswidrige Weise Beweismittel erlangen

1. Wenn auch unter gewissen Voraussetzungen rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess verwertet werden, so darf nicht unbeachtet bleiben, dass sich jene Personen, welche diese Beweismittel beschaffen, grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt der Verletzung strafrechtlicher, disziplinarischer oder zivilrechtlicher Normen zu verantworten haben. Diese Tatsache dürfte wenig Anreiz geben zur Verwendung von TBA zwecks Beschaffung von Beweismitteln.

2. Die Verantwortlichkeit von Privatpersonen[364]:

Jemand dringt in ein Haus ein, wo er mit einem Kleinabhörgerät Aufnahmen eines Gesprächs herstellt, das die Vorbereitung oder die Besprechung einer bereits begangenen strafbaren Handlung beinhaltet. Auch wenn die Tonbandaufnahme als Beweisstück verwendet wird, so ist damit die Strafbarkeit des Eindringlings gemäss Art. 179bis, 145 und 186 StrGB keineswegs ausgeschlossen.

Ein PTT-Beamter öffnet einen verschlossenen Brief, photographiert diesen und schliesst danach den Briefumschlag wieder. Das photographierte Schriftstück enthält Anhaltspunkte über begangene oder bevorstehende Straftaten und wird in einem Strafprozess als Beweismittel verwendet. Der Beamte kann gemäss Art. 57 PVG mit Gefängnis bestraft oder in leichten Fällen disziplinarisch zur Verantwortung gezogen werden. Sein Verhalten ist ausserdem auf Antrag hin gemäss Art. 179 und 179^{quater} strafbar. Unter gewissen Voraussetzungen kann er wegen Verletzung persönlicher Verhältnisse auf zivilrechtlichem Wege ins Recht gefasst werden (ZGB 28). Dies dürfte beispielsweise dann der Fall sein, wenn der geöffnete Brief photographische Fixierungen von Tatsachen aus dem Intimbereich einer verdächtigen Person enhält und der Beamte diese Bilder in seinem Bekanntenkreis herumbietet.

3. Die Verantwortlichkeit von Personen der Strafverfolgung:

Angehörige einer Strafverfolgungsbehörde unterstehen regelmässig der Disziplinaraufsicht einer vorgesetzten Behörde. Das einschlägige Disziplinarstrafrecht gibt denn auch Handhabe zur Bestrafung von Amtspflichtverletzungen. Die Verwendung eines in Verletzung der Amtspflicht zustandegekommenen Beweismittels in einem Strafprozess schliesst die disziplinarische Verantwortlichkeit des betreffenden Beamten ebensowenig aus[365], wie dessen strafrechtliche und zivilrechtliche Verantwortlichkeit.

364 Es soll hier die Verantwortlichkeit solcher Personen beleuchtet werden, welche nicht einer Strafverfolgungsbehörde angehören.

365 Vgl. Strafprozessordnung Bern Art. 68

Im Zivilprozess

I. Der Vergleich mit dem Strafprozess

Die Ausschaltung rechtswidrig erlangter Beweismittel aus dem Zivilprozess ist auf Grund irgendwelcher bestehender Prozessnormen nicht möglich[366]. Das Fehlen solcher Bestimmungen in den Zivilprozessordnungen trägt dem Wesen des Zivilprozesses durchaus Rechnung. Hier verfügen ja der Verhandlungsmaxime entsprechend die Parteien über den Prozessstoff. Die Situation ist eine andere als im Strafverfahren, wo der Richter im Zuge der Erforschung der materiellen Wahrheit von Amtes wegen über die Zulässigkeit der Auswertung rechtswidrig erlangter Beweismittel entscheidet[367]. Im Zivilprozess ist es Sache der Parteien, die mit Hilfe eines rechtswidrig erlangten Beweismittels angestrebte Beweisführung einredeweise zu verunmöglichen[368].

II. Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel

1. In der Würdigung der mit Hilfe von TBA[369] erstellten Beweismittel ist der Zivilrichter jedoch völlig frei. Die gesetzliche Sanktionierung des Grundsatzes, dass nur rechtmässig erlangte Tonbandaufnahmen (und unrechtmässig erlangte, wenn keine Einreden erhoben werden)[370] als Beweismittel zulässig seien, verstiesse somit gegen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Im übrigen sind die anlässlich der Frage nach der Verwendbarkeit von rechtswidrig erlangten Beweismitteln im Strafprozess entwickelten Grundsätze analog anwendbar[371]. Die Beantwortung der Frage, wann die Verwertung rechtswidrig erlangter Ton- und Bildaufnahmen im Zivilprozess angebracht ist, beruht dementsprechend stets auf einer Abwägung der sich im Einzelfall gegenüberstehenden Parteiinteressen.

2. Weder der Verzicht einer Partei auf eine Beweiseinrede, noch der Entscheid des Zivilrichters über die Verwertung einer Ton- oder Bildaufnahme vermögen die strafrechtliche Beurteilung der Beweismittelerlangung zu praejudizieren. So braucht der Verzicht auf die Geltendmachung der Beweiseinrede keineswegs einem Verzicht auf einen Strafantrag wegen Verletzung der Artikel 179 bis ff. gleichzukommen.

366 Lang, a.a.O., S. 127 Anm. 178
367 Roggemann, a.a.O., S. 109
368 Vgl. BZP Art. 29 lit. e
369 Was die Tauglichkeit von Ton- und Bildaufnahmen als Beweismittel und deren Zulässigkeit als solche anbetrifft, sind die oben ("Im Strafprozess" III Ziff. 2) gemachten Ausführungen zu beachten.
370 So die Formulierung der anlässlich der Weinheimer Tagung gefassten Resolution.
371 "Im Strafprozess" III Ziff. 3